А. П. Евсеев

ИСТОРИЧЕСКАЯ ПОЛИТИКА В ПРАКТИКЕ МЕЖДУНАРОДНЫХ СУДОВ

Монография

Харьков
«Юрайт»
2021

УДК 341.645
Е 26

Р е ц е н з е н т ы:

Волкогонова О. Д. – доктор философских наук, профессор;

Верещагин А. Н. – доктор права Эссексского университета, кандидат исторических наук;

Мишина Е. А. – кандидат юридических наук, доцент

Евсеев А. П.

Е 26 Историческая политика в практике международных судов: монография. Харьков : Юрайт, 2021. 196 с.

ISBN 978-617-7450-30-5

Монография посвящена исследованию исторической политики, проводимой международными судами, прежде всего Европейским судом по правам человека и органами международного уголовного правосудия. Рассматриваются проблемы, связанные с различными особенностями познания исторических фактов, произошедших в далёком прошлом, а также с тем, как международные суды квалифицируют те или иные эпизоды правонарушающего прошлого различных народов. В работе делается попытка проследить взаимосвязь исторического, психологического и юридического на примерах балканских государств, стран Южной Америки и постсоветского пространства. Особое внимание уделено праву на правду, которое рассматривается в контексте теории переходного правосудия. Для широкого круга читателей.

ISBN 978-617-7450-30-5

УДК 341.36
© Евсеев А. П., 2021
© «Юрайт», оформление, 2021

Оглавление

Введение 4

Глава 1.
Гносеологические проблемы познания прошлого в международном правосудии 11

1.1. «Проработка прошлого»: сложность судебного познания 11

1.2. Право на правду – новое право человека ? 36

1.3. Особенности доказывания событий прошлого в международных уголовных трибуналах 54

1.4. Взаимосвязь исторического, психологического и юридического в международном правосудии 80

Глава 2.
Травмирующие события прошлого в оценках международных (интернационализированных) судов 95

2.1. «Войны памяти» в Косово: роль МТБЮ 95

2.2. Колумбийская «La Violencia» и деятельность специальных судебных палат «Правосудие ради мира» 113

2.3. Новейшая история России в фокусе Европейского Суда по правам человека (на примере дела Литвиненко) 145

2.4. Украинская декоммунизация перед «судом права» 169

Моим студентам

Введение

Близость истории праву известна давно. И дело здесь не только в том, что и юрист, и историк имеют дело с уже свершившимися событиями. «Во всемирной истории, - говорил Ф. Шиллер, - как во всемирном суде»[1]. Начиная с XVIII века и по сию пору, широким фронтом идёт процесс морализации истории. Иными словами, историк перестал довольствоваться строгим описанием произошедшего, как это было принято во времена Геродота и Фукидида, и стал вплетать в своё повествование некие моральные суждения.

Аналогичным образом работают юристы. Правда, у них на смену морали приходит право. Жрецы Фемиды не только регистрируют факты *per se*, но также накладывают на них своеобразную правовую рамку, осуществляя тем самым юридическую квалификацию. С этой точки зрения юристов будет интересовать, как установленные ими обстоятельства будут смотреться сквозь призму закона, оперирующего категориями «преступного», «правонарушающего», «неконституционного» и т. д.

В то же время историк в гораздо большей степени, нежели юрист, обладает известной свободой рук. По меткому наблюдению К. Гинзбурга, «историк имеет право поставить проблему в тот момент, когда судья принял бы решение о «прекращении дела»[2]. В самом деле, служители Клио способны увидеть взаимосвязи между, казалось бы, весьма отдалёнными явлениями и процессами, подойти к определённым событиям прошлого с позиций дня сегодняшнего, наконец, обратиться к неисчерпаемому арсеналу так называемой «альтернативной истории» - что бы было, если бы…?[3] Юрист же вправе задаться подобным вопросом только наедине с собой.

Вместе с тем профессия юриста, как, быть может, никакая другая, намертво «привязана» к истории. «Право, - пишет крупнейший американский правовед Р. Познер, - чтит традицию, прецедент, родословную, ритуал, обычай, древние практики и тексты, устарелую терминологию, мудрость, старшинство, геронтократию и толкование, понимаемое как метод обретения истории»[1]. В тех же США существует целое учение о толковании Конституции 1787 года в свете насущных требований современной жизни – оригинализм. Как следствие, в тексте, написанном задолго до появления железных дорог, верховные судьи вынуждены искать ответы на вопросы, вызванные интернетом и суррогатным материнством. Порой, это даже приводит к забавным пикировкам между ними.

В ходе устных слушаний по одному из дел, рассматривавшихся Верховным судом США в 2010 году, судья С. Алито, которому на мгновение изменила его обычная сдержанность, задал судье А. Скалиа, одному из ярчайших оригиналистов, провокационный вопрос: «По-видимому, уважаемый судья хочет знать позицию Дж. Мэдисона касательно видеоигр, пропагандирующих насилие ?» На что находчивый Скалиа мгновенно ответил: «Нет, меня всего лишь интересует, что Мэдисон думал о насилии»[2].

Однако вторжение истории в юриспруденцию отнюдь не так безобидно, как может показаться на первый взгляд. Нередко события, имевшие место без малого семь десятилетий тому назад, могут послужить поводом для привлечения лица к юридической ответственности, причём в её наиболее жёсткой форме – уголовной. Так, осенью 2021 года в Германии начался процесс над 96-летней секретаршей коменданта концлагеря Штутгоф. Ей инкриминируют соучастие в убийстве более, чем 11 тысяч человек путём помощи непосредственным исполнителям преступлений (комендант Хоппе ежедневно диктовал ей тексты соответствующих приказов на умерщвление заключённых)[3]. И вот здесь мы подходим к трагической в своей сложности развилке – либо попытаться установить вину подсудимой в отрыве от реалий Германии 1930-1940-х годов, либо оценить её деяние в контексте общего исторического фона тех лет, который не мог не повлиять на её личный выбор в усло-

[1] Цит. по: Словарь основных исторических понятий: Избранные статьи в 2-х т. Т. 1. М.: Новое лит. обозрение, 2016. С. 158.

[2] *Гинзбург К.* Судья и историк. М.: Новое лит. обозрение, 2021. С. 29.

[3] Подробнее о методологическом инструментарии историка см.*: Курилла И. И.* История, или Прошлое в настоящем. СПб.: Изд-во Европ. ун-та, 2018. 168 с.

[1] *Познер Р.* Рубежи теории права. М.: Изд. дом ВШЭ, 2017. С. 157.

[2] *Евсеев А. П.* Верховный Суд США сегодня. Х.: Юрайт, 2014. С. 16, 17.

[3] https://www.dw.com/ru/v-germanii-nachalsja-sud-nad-byvshej-sekretarshej-konclagerja-shtutgof/a-59342643

виях нацистской диктатуры. Даже Х. Арендт, которая никогда не была сторонницей превращения судьи в историка, полагала, что тоталитарную систему, подавляющую личность, ни в коем случае нельзя выносить за рамки судебного исследования. «Она является особым обстоятельством – как с правовой, так и с моральной точки зрения – примерно так же, как тяжёлые условия жизни неимущих рассматриваются как смягчающее обстоятельство, но не оправдание для совершённых ими преступлений»[1]. Какой из этих двух подходов – чёткое установление личной вины госпожи Ирмгард Ф. или оценку её деяний в более широком историческом контексте изберёт суд, покажет время.

Отголоски истории… По верному слову Д. А. Волкогонова, «они живут в нас, в наших судьбах, памяти, а иногда – в новых скупых сведениях из ушедшего, отгоревшего, потаённого. Это как весточки из прошлого, которое не хочет навсегда уходить в безвестность, теряться в далях бесконечного»[2]. Можно, пожалуй, даже говорить о незаконченном прошлом. Иначе говоря, о той данности, в отношении которой пока нет достоверного, полного ответа. Не потому ли в последние годы мы всё чаще стали обращаться к нераскрытым преступлениям прошлых лет, будь то расстрел царской семьи в 1918 году[3] или убийство популярного исполнителя авторских песен И. Талькова в 1991 году[4] ? Несмотря на истекшие сроки давности, в отношении этих и многих других трагических эпизодов нашей истории возобновлены расследования, даны соответствующие поручения председателем Следственного комитета, продолжается поиск изобличающих улик.

Можно с уверенностью сказать, что сегодня Россия переживает своего рода «мемориальный бум». Его закономерным продолжением стало внесение в Конституцию статьи 67-1, согласно которой «РФ обеспечивает защиту исторической правды» (часть 3). Ранее, в 2014 году, в Уголовный кодекс была включена статья 354-1

[1] *Арендт Х.* Ответственность и суждение. М.: Изд. Ин-та Гайдара, 2014. С. 64.

[2] *Волкогонов Д.* Феномен Сталина // Страницы истории: Дайджест прессы. 1987. Л.: Лениздат, 1988. С. 213.

[3] https://sledcom.ru/Proekty/isbookcrime1

[4] https://sledcom.ru/news/item/1617292/

«реабилитация нацизма», предусматривающая уголовную ответственность, в том числе, за отрицание фактов, установленных приговором Международного военного трибунала (далее – МВТ) в Нюрнберге. И здесь наша страна не одинока. Соответствующие законы приняты сегодня во многих странах Европы. По подсчётам И. И. Куриллы, в их числе (по дате принятия): Германия, Франция, Австрия, Швейцария, Бельгия, Испания, Люксембург, Польша, Лихтенштейн, Чехия, Словакия, Румыния, Словения, Македония, Андорра, Кипр, Португалия, Албания, Мальта, Латвия, Венгрия, Черногория, Литва, Болгария, Греция и Италия. Близкие по смыслу ограничения введены на Украине, в Турции и Нидерландах[1].

Сказанное даёт основание утверждать, что с течением времени история из «чистой» науки превращается в одно из направлений государственной политики. И речь даже не о том, что, по лаконичной формулировке медиевиста А. А. Зимина, она становится «политикой, опрокинутой в прошлое». Совсем нет. Сиюминутные колебания текущего политического курса, затрагивающие оценку отдельных исторических событий (например, пакта Молотова – Риббентропа), недостойны того, чтобы называться исторической политикой. Скорее, правильнее говорить о том, что признавая тот или иной нарратив официально одобряемым или, напротив, объявляя вне закона конкурирующие с ним интерпретации истории (например, отрицание Холокоста), государство *ipso facto* направляет коллективную память в желаемое для себя русло, причём делает это не спорадически, а последовательно, планомерно, системно, как того требует любая настоящая политика. И здесь оно, государство, располагает широким каталогом средств, начиная от мемориализации мест памяти (упомянем в этой связи замечательный музей З. А. Космодемьянской, открытый в 2020 году на месте её гибели в деревне Петрищево Московской области) до выплаты компенсаций жертвам массовых преступлений.

Разумеется, на складывающиеся тенденции не могла не отреагировать гуманитарная наука, прежде всего юридическая. Только за последние два года увидели свет, по меньшей мере, четыре

[1] *Курилла И. И.* Битва за прошлое: как политика меняет историю. М.: Альпина Паблишер, 2022. С. 159.

выдающихся работы, в которых затрагиваются проблемы, находящиеся на стыке судебной деятельности и исторического познания. Они принадлежат перу Н. Эппле[1], Е. Лёзиной[2], И. Куриллы[3] и К. Гинзбурга[4]. Особняком стоит научно-практическое пособие «Расследование преступлений прошлых лет», выпущенное под редакцией А. И. Бастрыкина[5]. Конечно, все эти книги по-разному подходят к предмету своего исследования. В каких-то акцент делается на сугубо криминалистических аспектах, какие-то подходят к проблеме с более широких философских позиций. Работа К. Гинзбурга вовсе построена на материалах одного судебного процесса 1988 года (по делу об убийстве комиссара полиции шестнадцатью годами ранее). Но все они помогают чётче, рельефнее осознать ту мысль, что чем глубже мы погружаемся в глубь веков, тем больше вопросов встаёт перед нами.

Да и сама история может по-разному проявлять себя в ходе судебного разбирательства. Западные учёные, давно занимающиеся историческими сюжетами в международном, в частности уголовном, правосудии, выделяют две основные формы использования исторических знаний в судебных аудиториях: собственно судопроизводственную (*англ.* adjudicative) и социополитическую. Первая означает, что все исторические выкладки должны служить доминантно-правовой задаче установления виновности подсудимого, а также то, что исторические соображения не должны препятствовать справедливому рассмотрению дела. В свою очередь, социополитическая составляющая означает, что историческое знание, используемое международными уголовными трибуналами, должно создавать более объёмную картину произошедшего, нежели вина конкретного лица, вскрывать исторические предпосылки тех или иных событий, послуживших прелюдией для массовых преступлений, наконец, корректное обращение с историческими

[1] *Эппле Н.* Неудобное прошлое. М.: Новое лит. обозрение, 2020. 576 с.;

[2] *Лёзина Е.* XX век: проработка прошлого. М.: Новое лит. обозрение, 2021. 584 с.

[3] *Курилла И. И.* Битва за прошлое: как политика меняет историю.

[4] *Гинзбург К.* Указ. соч.

[5] Расследование преступлений прошлых лет / Под ред. *А. И. Бастрыкина*. М.: Юрлитинформ, 2021. 184 с.

фактами способствует достижению национального примирения на постконфликтной территории[1].

Возьмём на себя смелость утверждать, что в международном правосудии будто существуют три разные «истории». Первая – это история как повествование (*story-telling*), то, с чем приходит в зал судебного заседания конкретный человек, участвующий в рассмотрении дела. Немаловажное значение имеет то обстоятельство, что в ходе судоговорения это повествование подвергается проверке в процессе перекрёстного допроса и может не устоять при более пристальном его изучении. Как тут не вспомнить знаменитую сцену, имевшую место в Международном трибунале по бывшей Югославии (далее – МТБЮ) в ходе процесса по делу *Прокурор против Душко Тадича.* Один из свидетелей обвинения утверждал, что боснийские сербы убили его отца в лагере для военнопленных Трнополье. Каково же было изумление судебного состава и прессы, когда на следующее заседание адвокатам Тадича удалось привести этого человека в суд живым и невредимым !

Во-вторых, это микроистория (*microhistory*), то есть восстановление в судебной процедуре реальной (или мнимой) картины произошедшего в рамках конкретного дела. Не будем забывать, что в международном уголовном процессе, во многом выстроенном по англосаксонским лекалам, конечной целью считается установление не материальной, а формальной истины, то есть того, что с учётом стандартов доказывания счёл таковой судья, поставленный в строгие рамки состязательного процесса. Наконец, история может существовать как История с большой буквы (*History*), что имеет место в тех случаях, когда предмет судебной деятельности входит в некий общекультурный контекст. Например, тот же МТБЮ первых 69 страниц своего решения по делу *Тадича* посвятил историческому анализу противоречий, сложившихся в отношениях между народами, населявшими бывшую Югославию, и приведших, в конечном счёте, к войне 1991-1995 годов. А чего

[1] *Sander B.* Unveiling the historical function of international criminal courts: between adjudicative and sociopolitical justice // International journal of transitional justice. 2018. № 2. P. 336.

[2] *Владимирофф М.* Рассуждения о статусе защитника в международных судебных разбирательствах // Международное правосудие. 2012. № 3. С. 69.

стоит постановление Европейского Суда по правам человека (далее – ЕСПЧ) по делу *Илашку и другие против Молдовы и России*, в котором 157 параграфов посвящены общему контексту дела и лишь 103 – конкретным обстоятельствам !

Как уже стало ясно читателю, на Западе существует немало заслуживающих внимания подходов к изучению роли истории в международном правосудии. Особо отметим две книги – Р. Уилсона[1], увидевшую свет в 2011 году и ставшую первой работой подобного рода, и Б. Сандера[2], опубликованную десятью годами позже. К сожалению, на постсоветском пространстве аналогичные исследования в отношении международного правосудия не проводились, за исключением статьи А. И. Ковлера, впрочем, изначально увидевшей свет на французском языке и лишь в 2019 году опубликованной у нас[3]. Настоящая монография, таким образом, призвана восполнить наметившийся в отечественной науке пробел.

В её основу, за редким исключением, легли ранее опубликованные материалы. Всем, оказавшим помощь в работе над рукописью, и прежде всего рецензентам, автор выражает свою глубокую признательность.

Публикация подготовлена в ходе проведения исследования (№ 20-01-071) в рамках Программы «Научный фонд Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (НИУ ВШЭ)» в 2020-2021 гг.

[1] *Wilson R. A.* Writing history in international criminal trials. N. Y.: Cambridge University Press, 2011. 258 p.

[2] *Sander B.* Doing justice to history. N. Y. : Oxford University Press, 2021. 370 p.

[3] *Ковлер А. И.* Европейская Конвенция в международной системе защиты прав человека. М.: Норма: ИНФРА-М, 2019. С. 151-171.

Глава 1.

Гносеологические проблемы познания прошлого в международном правосудии

1.1. «Проработка прошлого»: сложность судебного познания[1]

«Прошлое прошло: было ли оно удачным или лучше бы его и вовсе не было, признаем ли мы за ним какой-то «смысл» или не признаем – все это в равной мере лишено значения». Комментируя приведенные слова «мудреца из Монтаньолы» - так называли в последние годы жизни всемирно известного швейцарского писателя Германа Гессе, советский журналист-международник А. Е. Бовин писал: «Прошлое прошло… Тезис, который невозможно оспорить. Но, пожалуй, столь же бесспорен и антитезис: прошлое не прошло. Оно в нас и вокруг нас. Мы погружены в него своими мыслями и делами. Ибо сегодняшние мысли и сегодняшние дела таковы, какими их сформировал вчерашний и позавчерашний опыт. И смысл прошлого, независимо от того, признаем мы его или нет, имеет значение. Ибо маршруты, которыми мы идем сегодня, начертаны и начаты в том самом прошлом, которое прошло»[2].

Судебная власть, как, быть может, никакая другая, обращена в прошлое. В отличие от законодателя, устанавливающего оптимальную правовую форму для развития социальных отношений в будущем, и исполнительной власти, оперативно разрешающей повседневно возникающие проблемы, судья призван дать правовую оценку уже свершившимся фактам, событиям, человеческим поступкам. В сущности, сама юридическая профессия возникла тогда, когда судья перестал быть свидетелем происшествия, в силу чего возникла надобность не в быстрой реакции на увиденное (например, убить вора на месте происшествия), а в восстановлении в голове того, чего не наблюдал лично. А значит, наступи-

[1] В основе параграфа – статья автора, опубликованная в журнале «Международное правосудие» (2017. № 4. С. 122-136).

[2] *Бовин А. Е.* Мир семидесятых. М.: Известия, 1980. С. 130.

ло время, когда потребовалось выработать специальные правила установления событий прошлого, не опираясь ни на собственную память (очевидец перестал быть судьей), ни на всезнание сверхъестественных существ (ордалии и проч.). Так возникло доказательственное право, трактующее, каким образом сегодня можно установить то, что было вчера[1].

Международное правосудие в не меньшей степени, нежели правосудие национальное, погружено в прошлое. Не случайно, во многих делах судьи ЕСПЧ, Международного Суда ООН, международных уголовных трибуналов вынуждены давать не только правовую квалификацию предполагаемых нарушений, но также и правовую оценку фактам, в том числе историческим, представленных сторонами, а иногда и канцелярией суда. Причем в международном правосудии такая оценка существенно затруднена тем, что судьи – выдвинутые государствами с различными культурными и правовыми традициями, имеющие нетождественный профессиональный опыт – вынуждены зачастую оценивать события в тех странах, историю которых они знают весьма поверхностно и в которых им, говоря словами И. Бродского, «никогда не бросать якорей». Балканский историк и эксперт МТБЮ Р. Дониа вспоминал, что «когда начались судебные процессы, большинство судей оказались совершенно незнакомы с историей и культурой региона, в котором были совершены предполагаемые преступления»[2]. Как следствие, международные судьи уже не могут положиться на «непосредственное чутье культурных преемников»[3], а вынуждены прислушиваться к мнению многочисленных экспертов, специализирующихся на определенном национально-историческом контексте.

Такое положение вещей имплицитно приводит к тому, что любой международный трибунал, даже самый компетентный и

[1] *Пашин С. А.* Судебная реформа и суд присяжных. М.: РПА МЮ РФ, 1995. С. 37, 38.

[2] Цит. по: *Wilson R. A.* Judging history: the historical record of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia // Human rights quarterly. 2005. Vol. 27. P. 926.

[3] *Лотман Ю. М.* Беседы о русской культуре. СПб.: Искусство-СПб, 2011. С. 332.

независимый, рано или поздно попадает под огонь критики национальных сообществ и выступающих от их имени элит. Так, МТБЮ обвиняют в западном снобизме и антисербском уклоне, Международный уголовный суд (далее – МУС) – в акценте преимущественно на африканских делах, ЕСПЧ – в стремлении переложить львиную долю своей работы обратно на национальные суды и т. д.

Поэтому нет ничего удивительного в том, что международные суды платят своим критикам сторицей, вследствие чего конструирование прошлого в их решениях зачастую полностью опровергает официально признанную на национальном уровне версию тех или иных событий. Так, в постановлении по делу *Тагаева и другие против России* ЕСПЧ пришел к выводу, что подавляющее большинство бесланских заложников в школе № 1 погибло не в результате действий чеченских боевиков, как принято считать, а вследствие неумелых действий российских правоохранительных структур (в частности, стрельбе по школе из танка и т. д.)[1].

Справедливости ради отметим, что критика, раздающаяся в адрес международных судов и судей, не нова. Х. Арендт описывает, как на процессе в Иерусалиме в 1961 году А. Эйхман, оберштурмбанфюрер СС, ответственный за «окончательное решение еврейского вопроса», заявил судьям, что они вообще не имеют права его судить: не имеет права рассуждать тот, кто Там не был. Когда же Эйхману сказали, что у него был выбор и что он мог избежать исполнения преступных поручений, он ответил, что это не более чем иллюзия, возникшая после войны у тех, кто никогда не знал или успел забыть, как все было на самом деле[2].

Видимо, именно на судебных процессах против нацистских преступников человечество впервые задумалось об Истории не только как о некоем мериле действий обвиняемых, но и о том, что сами эти процессы со временем станут ее достоянием. Переводчик американской фазы обвинения в период Нюрнбергского процесса 1945-1946 гг. Р. Зонненфельдт вспоминал, как его потрясло то обстоятельство, что главный обвинитель от США Р. Джексон начал

[1] http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-172660.

[2] *Арендт Х.* Указ. соч. С. 48, 49.

свою вступительную речь с исторической важности самого процесса, а потом уже сказал о его правовом значении[1].

Примечательно, что спустя десятилетия в той же Германии исторический дискурс сместился с «народа-преступника» на «народ-жертву». Чаще всего обыгрывались три основных сюжета: бомбардировки немецких городов авиацией союзников, изнасилования немецких женщин и принудительная депортация немцев из Восточной Европы. При этом немецкими историками использовался тот же семантический ряд, что традиционно используется при описании ужасов Холокоста. Так, Й. Фридрих, повествуя в своей книге об «огненном смерче» в немецких городах, именовал эскадрильи бомбардировщиков «айнзац-группами», горящие бомбоубежища – «газовыми камерами», а погибших в результате бомбардировок немцев – «истребленными». Тем самым речь уже идет о своеобразной конкуренции между различными версиями прошлого, о так называемых «войнах памяти»[2].

В самом деле, как метко заметил известный правовед А. Чарнота, «в современном мире для управления будущим необходимо обладать контролем не только над настоящим, но и над прошлым»[3]. Прошлое постоянно переписывается, меняет акценты, дополняется, а иногда и откровенно фальсифицируется, становясь, в конечном итоге, непознаваемым. Характерный в этом отношении пример приводит С. Коэн. Согласно его свидетельству, пребывающие в запустении деревенские кладбища в Литве и Латвии прошли уже три стадии переименования. До распада коммунистической системы написанная от руки табличка указывала, что в безымянных могилах покоятся «жертвы фашизма», а о том, что практически все они были местными евреями, не упоминалось вовсе. В первую волну воскрешения памяти, пришедшуюся на конец 1980-х гг., прежнее обозначение сменилось новым – «еврейские жертвы». Последующий рост национализма отдал семиотический приоритет «литовским жертвам» - мужественным борцам с нацизмом и сталинизмом[1].

[1] *Зонненфельдт Р.* Очевидец Нюрнберга. М.: Центрполиграф, 2013. С. 65.

[2] *Ассман А.* Длинная тень прошлого. М.: Новое лит. обозрение, 2014. С. 203.

[3] *Чарнота А.* Право, память и забвение: регулирование коллективной памяти квазисудебными институтами // Общество и право: исследовательские перспективы: Сб. ст. / Ред.-сост. *А. Кондаков*. СПб.: ЦНСИ, 2015. С. 187.

Но особенно радикально историческая память, а вслед за ней и «юридическая совесть», эволюционируют при смене поколений. В 1997 году Францию потряс судебный процесс по делу Папона. Сам М. Папон – французский коллаборационист, соратник руководителя лионского гестапо К. Барбье, был палачом легендарного Жана Мулена, одного из лидеров Движения Сопротивления. Однако к моменту ареста Папон был уже глубоким стариком. Его адвокаты настояли, чтобы Папона судили не профессиональные судьи, а суд присяжных – ассизов. Скамья присяжных в результате отводов была сформирована таким образом, что в ней доминировали молодые люди или, во всяком случае, люди, родившиеся после окончания Второй мировой войны. Как следствие, государственному обвинителю пришлось затратить неимоверные усилия на то, чтобы разъяснить присяжным заседателям, чем знаменит Мулен, кто такой Барбье, что происходило во Франции в период «Республики Виши» и многие другие факты 50-летней давности[2]. А теперь зададимся вопросом: если бы осуждение Папона происходило сразу после окончания войны, испытывало бы государственное обвинение столь ощутимые затруднения ? Очевидно, что нет. Ведь как указывает А. Ассман, глубокий знаток данной проблематики, при жизни непосредственных участников событий «внешние темпоральные конструкции и психодинамические ритмы еще находятся по отношению друг к другу в неустойчивом взаимодействии. Абстрактная логика дат и годовщин еще корреспондирует для очевидцев и пострадавших с динамикой внутренних потрясений»[3].

Любопытно, что выступавший на том же процессе в качестве эксперта американский историк Р. Пэкстон заявил буквально следующее: «Историк не свидетель. Историк не судья. Но у него

[1] *Коэн С.* Войны памяти и комиссии по примирению // http://www.index.org.ru/journal/14/koen1401.html.

[2] Подробнее см.: *Rousso H.* Justice, history and memory in France: reflections on the Papon trial // Politics and the past / Ed. by *J. Torpey.* L.: Rowman & Littlefield Publ. Inc., 2003. P. 277-293.

[3] *Ассман А.* Указ. соч. С. 251.

очень важная роль в процессе. Она состоит не в том, чтобы сообщить, что он видел, но в том, чтобы предоставить контекст, базирующийся по возможности на документах, в свете которого некоторые заявления сторон оказываются невозможными, зато некоторые объяснения становятся яснее»[1].

Неслучайно поэтому в праве, в том числе международном уголовном, выработаны некие правила взаимодействия правосудия с прошлым, среди которых принцип *lex retro non agit* (закон не может иметь обратную силу), из которого, впрочем, постоянно делаются исключения, принцип индивидуальной ответственности (в противном случае, как не без иронии заметила Х. Арендт, «там, где виноваты все, не виноват никто»[2]), концепция сроков давности, по истечении которых человека нельзя привлекать к ответственности, и ряд других. Огромное значение имеет также субъективная воля тех лиц, которые призваны осуществлять уголовное преследование за военные преступления. Так, по сведениям А. И. Ковлера, если в 1948 году и 1949 году суды Западной Германии осудили соответственно 1819 и 1523 нацистских преступника, то в 1955 году, т. е. по прошествии 10 лет после окончания войны, таких приговоров было только 21. По мнению ряда исследователей, причиной этого являлись не только истечение срока давности и законы об амнистии для преступлений меньшей тяжести, но в основном «пассивное отношение прокуроров к нацистским преступлениям»[3]. С другой стороны, нельзя не упомянуть легендарного прокурора земли Гессен Ф. Бауэра, который, стремясь пролить свет на преступления Третьего рейха и призвать к ответственности лиц, совершавших преступления, добился решения Верховного федерального суда ФРГ в Карлсруэ, согласно которому все дела, имеющие отношение к концентрационному лагерю Освенцим, отныне подлежали юрисдикции земельного суда во Франкфурт-на-Майне. Таким образом, Бауэр подготовил один из основных процессов над нацистскими преступниками в истории послевоенной ФРГ – Франкфуртский процесс 1963-1965 гг.[4]

[1] Ibid. P. 277.

[2] *Арендт Х.* Указ. соч. С. 59.

[3] *Ковлер А. И.* После «Кононова» // Права человека. Практика Европейского Суда по правам человека. 2010. № 9. С. 11.

[4] *Лезина Е.* Указ. соч. С. 91.

Многие страны не чураются и обратного процесса – переписывания прошлого с помощью правовых норм и судебных решений. Таким образом, по словам А. Чарноты, «вместо того, чтобы принять доминирующий исторический нарратив как данность, право, скорее, стремится его реконструировать или воссоздать. Для реализации своей роли регулятора настоящего и будущего право меняет прошлое, тем самым включая прошлое (не только настоящее и будущее) в сферу своего действия»[1]. В этой связи уместно упомянуть украинские законы о Голодоморе 1932-1933 гг., осуждении коммунистического и национал-социалистического (нацистского) тоталитарных режимов и запрете пропаганды их символики, отчасти закон об очищении власти и т. д.

Однако возникает вопрос – как в этой ситуации действовать правосудию ? Как должен поступить, например, Конституционный Суд, в который обжаловали закон об осуждении тоталитарных режимов, - полностью отрешиться от исторической обоснованности обжалуемых норм, придя тем самым к выводу об их неконституционности в силу закрепленного принципа идеологического плюрализма, или все же попытаться ответить на вопрос, каким негативным историческим опытом руководствовался законодатель при принятии соответствующего акта, обратившись к концепции «воинствующей демократии» ? И как в таком случае органу конституционной юрисдикции избежать неких оценочных суждений, в отношении которых у общества никогда не будет полного консенсуса ?

Нечто похожее происходило в Конституционном Суде России в 1992 году, на процессе по делу КПСС, призванном стать «вторым Нюрнбергом». В своем особом мнении судья А. Л. Кононов, отвергая стремление Суда ограничиться лишь последними двумя годами в деятельности Компартии, подчеркивал, что «Конституционный Суд был обязан исследовать и оценить с точки зрения конституционности все решения и деяния КПСС. Хотя и совершенные в прошлом, за пределами действия настоящей Конституции Российской Федерации, к моменту пресечения деятельности КПСС Указом Президента от 6 ноября 1991 года конституционные нарушения продолжали сохранять актуальный характер, по-

[1] *Чарнота А.* Указ. соч. С. 188.

следствия их не были устранены, они не подвергались судебной оценке и, следовательно, не повлекли для субъекта какой-либо юридической ответственности»[1].

Как видим, в современных условиях судебное решение становится уже не неким политически нейтральным и формализированным актом государственной власти, а в него вводится также определенная интерпретация исторических событий, фактов, эпизодов, которые как бы становятся его интегральной частью. Как писала Р. Уитц, «аргументы от истории предполагают, что решение базируется на прочной, хорошо утвердившейся за долгое время основе. Иными словами, решения, основывающиеся на исторических отсылках, как бы защищают сложившееся статус-кво; они создают впечатление стабильности и преемственности»[2]. Однако сказанное справедливо лишь для относительно консолидированных обществ наподобие британского. В условиях же «разделенных обществ», подобно постюгославскому, такие исторические ретроспекции никогда не будут полностью легитимными, ибо военные преступники для одной части общества всегда будут казаться героями в глазах другой.

Не секрет, что в последние годы на Западе широкое распространение получила концепция «транзитивного правосудия» (правосудия переходного периода). Она означает комплексную стратегию институциональных трансформаций судебной функции государства, осуществляемых при переходе (транзите) от недемократического и/или отягощенного войной правления к правлению демократическому и/или состоянию мира. В частности, как подчеркивается в Обновленном Своде принципов защиты и поощрения прав человека посредством борьбы с безнаказанностью, разработанном Комиссией ООН по правам человека, речь идет о «ситуациях, открывающих, в рамках продвижения страны к демократии или мирным переговорам в целях прекращения вооруженного конфликта, путь к достижению, независимо от его формы, соглашения, на основании которого действующие субъекты

[1] https://ru.wikisource.org/wiki/Постановление_Конституционного_Суда_РФ_от_30.11.1992_№_9-П/Особое_мнение_А._Л._Кононова.

[2] *Уитц Р.* Об отсутствии определенности в толковании конституции // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 2002. № 1. С. 27.

или соответствующие стороны договариваются принять меры для борьбы с безнаказанностью и недопущения повторения нарушений прав человека»[1].

В то же время приходится констатировать, что несмотря на солидные концептуальные и эмпирические наработки относительно транзитивного правосудия (достаточно назвать имена Р. и Э. Позперов, Н. Критца, Э. Соттаса, Р. Тейтел, О. Симич и многих других ученых), невольно ловишь себя на мысли, что некоторые авторы все же не отводят значительной роли в демократических преобразованиях таким факторам, как историческое прошлое страны, этнический состав населения, социокультурные традиции. А некоторые из трактовок отрицают и значимость экономического фактора. Видимо, считается, что само движение в сторону демократии обладает мощным потенциалом, способным нейтрализовать национальные особенности или уменьшить их значение, что, к сожалению, не подтверждается эмпирически – достаточно обратиться к примеру Афганистана, за считанные дни павшему под натиском талибов.

Концепция транзитивного правосудия вообще носит несколько идеалистичный характер, оперируя такими весьма далекими от институционального строительства категориями, как «добро», «зло», «примирение» и т. п. Если выразить основной посыл этой концепции предельно общо, то для того, чтобы закончить переходный период, необходимо проклясть прошлое, объявить его «зоной зла» (*zone du mal*) и начать выстраивать судебную систему с нуля, импортируя при этом уже готовые рецепты, выработанные западной, преимущественно англо-американской, политико-правовой мыслью. Между тем достаточно лишь представить себе судебную систему, которая никогда не допускала каких-либо ошибок в прошлом и не допускает их в настоящее время, дабы убедиться, что ни одна правовая или судебная система не соответствует и не может соответствовать подобного рода идеальной конструкции. Это, в свою очередь, приводит нас к несколько парадоксальному выводу о том, что либо все судебные системы нуждаются в скорейшем транзите, либо политика «преодоления прошлого» носит несколь-

[1] Цит. по: *Бобринский Н. А.* Правовые основы правосудия переходного периода в документах ООН // Библиотека криминалиста. 2014. № 5. С. 325.

ко субъективный, вкусовой характер и варьируется в зависимости от текущей политической конъюнктуры[1]. Как метко подметил И. Пржибань, «взаимодействие с прошлым – это форма взаимодействия и с настоящим, которое преподносится существующими в новых обстоятельствах акторами с их собственными интересами»[2].

Как бы там ни было, к составным элементам транзитивного правосудия традиционно относят: 1) уголовное судопроизводство, причем как на внутригосударственном, так и на международном уровнях, позволяющее в специальных процедурах привлечь к ответственности лиц, совершивших тягчайшие преступления; 2) право на истину, т. е. особую деятельность органов государственной власти и неправительственных организаций, направленную на установление фактов военных преступлений, геноцида, массовых изнасилований и проч.; 3) репарации – некие компенсации, выплачиваемые мирным гражданам, пострадавшим в ходе боевых действий, или их наследникам, а также ряд мер, направленных на дальнейшую ресоциализацию лиц, участвовавших в конфликте, и, наконец, 4) институциональные реформы, иначе говоря, такие изменения в государственном механизме, которые делают необратимым процесс его демократизации и знаменуют собой «точку невозврата» к тоталитарному или правонарушающему прошлому[3].

Как уже отмечалось, одним из важнейших элементов транзитивного правосудия является «право на истину», которое в силу своей природы неотделимо от установления фактов травмирующего прошлого. Считается, что для того, чтобы успешно пройти переходный период и устремиться к другой, более счастливой жизни, необходимо узнать всю правду об имевших место актах ге-

[1] Подробнее о дискуссионности термина «транзитивное правосудие» см.: *Golovko L.* L'evolution de la justice en Russie: routine des reformes ou transition eternelle ? // Revue Est Europa, numero special. 2014. № 1. P. 128, 129.

[2] *Пржибань И.* Многообразие моделей перехода от авторитаризма к демократии // Общество и право: исследовательские перспективы. С. 181.

[3] См.: Раздаточный материал для сессий тренинга «Механизмы правосудия переходного периода и права человека в конфликтных и постконфликтных ситуациях» / Сост. *Н. Ченгич*. Сараево: Академия мира, 2015.

ноцида, военных преступлениях и других злодеяниях. Однако этот тезис, один из краеугольных в доктрине транзитивного правосудия, тоже подвергается критике. Писатель, историк и бывший узник Освенцима и Бухенвальда И. Иваньи подчеркивал, что полностью рассказать о Холокосте никогда не удастся. Он обосновывал свою мысль формулой, которую произносит свидетель в англосаксонском суде, обязуясь говорить «правду, всю правду и ничего кроме правды»: «Вся правда о концентрационных лагерях и всех убийствах, массовых казнях, допросах и пытках, совершавшихся людьми в немецкой форме, есть нечто гораздо большее, нежели сумма всех воспоминаний не только тех, кто подвергся казням, пыткам, депортациям или угрозам, но, разумеется, и их охранников, а также чиновников, организовывавших репрессии, железнодорожников, осуществлявших перевозки в концлагерь, очевидцев и тех, кто предпочитал делать вид, будто ничего не замечает, словом, опыт целого поколения. Не будем себя обманывать: вся правда для нас так же недостижима, как если бы ее вовсе не было, а через пятьдесят или сто лет эта проблема станет еще острее»[1].

С приведенным высказыванием сложно поспорить. Однако необходимо учитывать, что международное правосудие все же позволяет воссоздать наиболее типичную модель совершенных преступлений, некий общий *modus operandi*. Так, применительно к руандийскому геноциду 1994 года он состоял в том, что обычно вооруженные силы начинали обстрелы из стрелкового оружия и минометов, вынуждая людей искать убежища в церквях, больницах и т. д. Затем «ополченцы» входили в здания и добивали людей при помощи мачете и другого холодного оружия[2]. Тем самым по мере продвижения от дела к делу и увеличения числа приговоров составляется общая картина случившегося.

К слову, деятельность Международного трибунала по Руанде (далее – МТР) породила интересный феномен, именуемый «политикой одной памяти». По мнению многих историков, когда трибунал дает упрощенную картину происходившего («хорошие»

[1] Цит. по: *Ассман А.* Указ. соч. С. 259.

[2] *Мезе Э.* Как суды интерпретируют и пишут историю: из опыта Международного уголовного трибунала по Руанде // Международное правосудие. 2016. № 4. С. 58.

тутси и «плохие» хуту, уничтожавшие тутси и сочувствовавших им хуту), и отказывается оценивать деятельность Руандийского патриотического союза, возглавляемого лидером тутси П. Кагаме, то это закономерно приводит к тому, что практика трибунала используется для закрепления только одной версии событий[1].

Не впадая вслед за И. Иваньи в чрезмерный скептицизм, отметим, что государство, находящееся на переходном этапе своего развития, а значит и его судебные органы, может придерживаться двух основных стратегий по отношению к своему прошлому:

1. *Политика замалчивания*. Сторонники такого подхода полагают, что после окончания войны, революции, смерти диктатора и т. п. общество должно сосредоточиться не на сведении старых счетов, а на дальнейшем продвижении вперед. Поэтому по отношению к наследию прошлого используется принцип *silencio* (молчание). В частности, сторонниками такой политики были испанский премьер А. Суарес, пришедший к власти после смерти генералиссимуса Франко, сербский премьер З. Джинджич, получивший полномочия вскоре после «Бульдозерной революции» 5 октября 2000 г., и некоторые другие политики. Сторонником такого же подхода, насколько можно судить, был немецкий канцлер К. Аденауэр, полагавший, что «значение должно придаваться не тому, что человек делал во времена национал-социализма и как он к этому прошлому относится, а лишь тому, что он в состоянии и готов дать новому строю и за что он ответственен в своей нынешней профессиональной и общественной деятельности»[2].

При таком подходе осуществляется замалчивание тем, которые могут расколоть нацию, демонстрируется отказ от проведения люстрации, происходит «ползучая» интеграция старых работников аппарата власти в новые демократические структуры (что, впрочем, не лишает возможности точечного избавления от наиболее одиозных лидеров предыдущего режима и даже передачи их международному правосудию, как это произошло с бывшим президентом Сербии С. Милошевичем). Заметим попутно, что такое отношение к прошлому не было сугубо испанским или сербским

[1] *Коротеев К.* Европейский Суд по правам человека и историческая память // http://urokiistorii.ru/node/52682.

[2] *Кениг Х.* Будущее прошлого. М.: РОССПЭН, 2012. С. 21.

изобретением. Как указывает А. Ассман, после поражения от немецко-прусской армии в войне 1870-1871 гг. мемориальная заповедь французов гласила: «Никогда не говорить, но всегда думать об этом !»[1] Еще раньше, во времена древних греков, существовало слово «mnesikakein», означающее запрет публично упоминать зло и страдания, причиненные одной стороной другой стороне. Тем самым закон предотвращал самовиктимизацию и культивирование собственного жертвенного статуса, которые порождают жажду мести и способны спровоцировать новый виток в спирали насилия.

Несомненно, в такой стратегии есть свое рациональное зерно. В самом деле, «если память способствует разжиганию ненависти и возбуждает жажду мести, то забвение может умиротворить конфликтующие стороны и инициировать жизненно важную фазу реинтеграции»[2]. Иными словами, забвение, особенно сопровождаемое широкой амнистией, в определенной степени способствует быстрой политической и социальной интеграции общества, нейтрализует конфликтный потенциал враждующих сторон.

2. Вторую стратегию условно можно назвать *«never again !»* (больше никогда !). Она и используется в транзитивном правосудии чаще всего[3]. Ее сторонники исходят из фрейдистского по сути тезиса о том, что вытесненные в бессознательное и, таким образом, скрытые от взора разума психологические травмы и проблемы – синдромы, которые не получают разрешения, - проявляются позднее в замаскированной форме невротических симптомов, значительно осложняющих жизнь людей. Следовательно, вытесненные и потому «непроговоренные» проблемы должны быть выведены на сознательный уровень (постулат З. Фрейда «опишите чувства в словах»). В противном случае, общество, не разобравшееся со своим прошлым, снова и снова будет попадать под действие однажды полученной и не до конца изжитой травмы, что лишний раз доказывает наметившаяся сегодня в России тенденция реабилитации

[1] *Ассман А.* Указ. соч. С. 269.

[2] *Ассман А.* Новое недовольство мемориальной культурой. М.: Новое лит. обозрение, 2016. С. 196.

[3] An introduction to transitional justice / Ed. by *O. Simic*. L.: Routledge, 2017. P. 250.

сталинизма. По этой причине, дабы обеспечить надежный переход к демократии и/или состоянию мира, необходимо установить истинную правду об имевших место в прошлом случаях беззакония и попытаться восстановить справедливость. При этом следует оговориться, что «политика памяти» существует в транзитивном правосудии не сама по себе, а выступает в качестве необходимой предпосылки для других, сугубо юридических по своей природе мер (в частности, реституции, выплаты компенсаций, реабилитации невинно осужденных и т. д.). Все эти элементы в полной мере были востребованы на Балканах, ставшими, по выражению Э. Горди, своего рода «лабораторией транзитивного правосудия»[1].

Всплеск интереса к истории, расколовший югославское общество, пришелся на конец 80-х – начало 90-х гг. прошлого столетия. Именно тогда в Белграде, Загребе, Любляне, Сараево все чаще стали появляться взаимные нападки и открытая полемика историков, писателей, политологов, журналистов, анализировавших различные этапы развития югославской государственности (Османскую и Австро-Венгерскую империи, «Югославию Тито» и т. д.). Фактически историки оказались вовлеченными в политические спекуляции на почве истории. В такой ситуации история из науки превратилась в пропаганду, возвращаясь только на ином идейном фундаменте, к тому, от чего, казалось бы, хотели уйти интеллектуалы, разрушая коммунистическое государство[2].

Вначале в идейных, а затем в самых что ни на есть реальных боях конфликтующие стороны (сербы, хорваты и боснийцы) называли друг друга оскорбительными терминами, почерпнутыми из арсенала прошлого. Так, сербы именовали воинов противостоявшей им хорватской армии «усташами», намекая тем самым на сотрудничество хорватов с гитлеровцами в годы Второй мировой войны. Хорваты, в свою очередь, называли сербов «четниками», имея в виду возникшее примерно в то же время крайне националистическое движение, возглавляемое Д. Михайловичем. Подобного рода апелляция к прошлому преследовала единственную цель – внушить людям, гражданам некогда единой Югославии, ту мысль, что они воюют не со своими соотечественниками, а с некими фашистскими коллаборационистами, заслуживающими единственной участи – уничтожения. Именно этим, кстати говоря, объясняется и по сию пору популярный в Сербии тезис о том, что Вторая мировая война еще не закончилась[1]. Как следствие, «исторический путь каждого народа стал отправной точкой действий для соперничающих национальных элит, а также источником оправданий дискриминации, террористической агрессии и войны»[2].

[1] *Dragovic-Soso J., Gordy E.* Coming to terms with the past: transitional justice and reconciliation in the post-Yugoslav lands // New perspectives on Yugoslavia: key issues and controversies / Ed. by *D. Djokic, J. Ker-Lindsay*. L.: Routledge, 2011. P. 193.

[2] Подробнее см.: *Мостов Ж.* Использование истории и злоупотребление ею в Восточной Европе: вызов 90-х годов // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 1995. № 4 / 1996. № 1. С. 70-74.

В целом, исторический дискурс эпохи Югославской войны 1991-1995 гг. характеризовался следующими чертами: а) замалчиванием объективной и всесторонней информации об истории своего и других народов, выхватыванием некоторых «удобных» событий и тенденциозной их трактовкой; б) подменой анализа эмоциями; в) опорой на этнические стереотипы и исторические мифы, а также на схемы прошлого как доказанные факты; г) некорректным использованием исторических аналогий, применением прямых параллелей между ситуациями в прошлом и настоящем и игнорированием существенных различий между ними и др.[3]

Последствия такой «политики памяти» не заставили себя долго ждать. Так, одним из обвиняемых, представших перед МТБЮ, был некий Г. Елисич, называвший себя «сербским Адольфом». В 1992 году он был комендантом концентрационного лагеря в округе Брчко (территория нынешней Боснии и Герцеговины). В ходе процесса Елисич прямо заявил, что пошел на войну, дабы убивать мусульман, которых он называл «турками». По разным оценкам, он лично застрелил около 100 боснийцев. Не брезговал Елисич и унижением человеческого достоинства пленных, застав-

[1] Подробнее см.: *Романенко С. А.* История и историки в межэтнических конфликтах (Югославия конца 80-х – начала 90-х годов) // Общественные науки и современность. 1997. № 5. С. 54-62.

[2] *Мостов Ж.* Указ. соч. С. 70.

[3] *Романенко С. А.* Указ. соч. С. 60.

ляя последних петь старинные сербские песни перед сербским флагом, жестоко избивая при этом тех, кто отказывался это делать[1].

Как и следовало ожидать, после падения режима С. Милошевича данный дискурс сменился на диаметрально противоположный, во многом скроенный по привычным западным лекалам. Достаточно назвать осуждение коммунистического режима Тито на официальном уровне, переименование множества улиц, носивших имена лидеров социалистической Югославии, строительство многочисленных монументов жертвам Югославской войны 1991-1995 гг., наиболее известным из которых является мемориальный комплекс «Сребреница-Поточары», часть средств на создание которого выделил 42-й президент США Б. Клинтон.

Примечательно, что в постюгославском обществе преобладает двойственное и одновременно апатичное отношение к относительно далекому прошлому: так, коммунизм, с одной стороны, воспринимается как нечто навязанное извне и «чуждое» системе ценностей нации, но с другой, подчеркивается, что коммунистический режим способствовал модернизации и, вполне вероятно, был лучшим временем в истории югославского народа (феномен «югоностальгии»)[2]. Как следствие, социалистическое прошлое играет сегодня относительно второстепенную роль в публичном дискурсе (в отличие, скажем, от стран Балтии, по-прежнему видящими себя «пассивными и травмированными жертвами репрессивного оккупационного режима»[3]).

А вот что касается войны 1991-1995 гг. и событий в Косово и Метохии на протяжении 1998-2001 гг., то здесь ни о каком «примирении с прошлым» говорить не приходится. Как отмечает А. Н. Антонов, с сербской стороной конфликтуют и Босния, и Хорватия, и правительство «Республики Косово». Хотя у них есть

[1] *Wilson R. A.* Writing history in international criminal trials. P. 91.

[2] *Требст С.* «Какой такой ковер ?» Культура памяти в посткоммунистических обществах Восточной Европы: попытка общего описания и категоризации // Империя и нация в зеркале исторической памяти: Сб. ст. М.: Новое издательство, 2011. С. 149.

[3] *Ассман А.* Новое недовольство мемориальной культурой. С. 117.

достаточные основания и для конфликтов между собой, почему-то наиболее жесткие и неразрешимые двусторонние вопросы связаны с Сербией. Справедливости ради отметим, что в настоящее время осуществляются попытки создания некоей координационной структуры посредством сотрудничающих через границы негосударственных организаций (RECOM), так или иначе занимающихся вопросами послевоенного примирения. Однако вряд ли их деятельность можно назвать успешной, так как реального, а не на бумаге, примирения на Балканах до сих пор нет. Примером могут послужить осквернения сербских кладбищ в январе 2013 г. в Косово в ответ на акцию правительства Сербии по уничтожению памятника павшим бойцам албанской сепаратистской группировки «Армия освобождения Прешева, Буяновца и Медведжи», нелегально возведенного на юге Сербии[1]. Или же скандал, произошедший во время празднования хорватами 25-й годовщины обороны Дубровника, когда в продуктовые наборы, выдаваемые детям участников обороны, местные власти положили шоколадные конфеты всемирно известной сербской фабрики «Пионир». Ветераны войны посчитали это тонкой издевкой над ними, и хорватские власти, дабы утихомирить разбушевавшиеся страсти, чуть было не ввели эмбарго на сербские продукты питания[2].

Знаменательно, что пока недостижимое на межгосударственном и межэтническом уровнях, примирение оказывается вполне возможным на уровне межличностном. Когда в следственном изоляторе МТБЮ, расположенном в пригороде Гааги Схевенингене, скончался один из обвиняемых серб С. Докманович, все 27 обитателей тюрьмы независимо от своей национальной принадлежности попросили адвоката покойного направить его семье телеграмму соболезнования со словами «Нашему Славко от всех заключенных Гааги»[3].

[1] Подробнее см.: *Григорьев В. Н., Антонов А. Н.* Решение Трибунала по бывшей Югославии по делу *Готовина/Маркач* как (очередной) провал международного правосудия // Международное уголовное право и международная юстиция. 2013. № 3. С. 9-15.

[2] http://www.eurointegration.com.ua/rus/articles/2016/12/19/7059079/.

[3] *Bachmann K., Sparrow-Botero T., Lambertz P.* When justice meets politics. Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH, 2013. P. 341.

Думается, к сегодняшней ситуации на Балканах вполне применимо мудрое наблюдение не раз цитированной нами немецкой исследовательницы А. Ассман, которая разделяет понятия «сохранение прошлого» и «преодоление прошлого»[1]. С ее точки зрения поколению, непосредственно вовлеченному в травмирующие события (войны, геноцид, техногенные катастрофы), бессмысленно пытаться преодолеть их в собственном сознании или пытаться простить их виновников. Их главная задача – сохранить как можно больше свидетельств случившегося для будущих поколений, не более того (исходя из принципа «объяснять, а не разрушать»). А вот их последователям уже предстоит преодолевать прошлое – избегая по возможности упрощенчества и навязчивого «осовременивания» истории, им следует расставить акценты и дать соответствующие правовые и моральные оценки произошедшему с их родителями. Поэтому постюгославское общество, образно говоря, еще не доросло (в прямом смысле этого слова) до «преодоления прошлого».

В этой связи показательно, что когда в мае 2001 г., уже в демократической Сербии, проводилось первое серьезное социологическое исследование, посвященное возможности примирения, то только 20 % респондентов в возрасте от 18 до 29 лет и 35 % респондентов старше 60 лет отвергли возможность компромисса с представителями других этнических групп, населяющих территорию бывшей Югославии. Основную же массу противников «преодоления прошлого» (85,5 %) составляли как раз люди, находящиеся в возрастной страте от 30 до 60 лет, на долю которых, собственно говоря, и выпала основная масса военных тягот, а также в ряде случаев непосредственное участие в боевых действиях[2].

Как бы там ни было, первые шаги в рамках «политики памяти» все-таки делаются. Еще во время войны 1991-1995 гг. раздавались голоса сербских интеллектуалов с призывом прекратить братоубийственную бойню в Хорватии, а затем в Боснии. Со временем эти голоса становились все громче. Особо хотелось бы отметить

[1] *Ассман А.* Новое недовольство мемориальной культурой. С. 121.

[2] *Gordy E.* Guilt, responsibility, and denial: the past at stake in post-Milosevic Serbia. Ph.: Univ. of Pennsylvania Press, 2013. P. 24.

общественную кампанию «Другая Сербия», проведенную Белградским кружком независимых интеллектуалов, усилия Белградского центра прав человека и Фонда гуманитарного права, направленные на документирование военных преступлений, и, наконец, первую международную конференцию «Истина, ответственность, примирение», проведенную весной 2000 г. Кроме того, не будем забывать, что практически всю войну оппозиционная режиму Милошевича радиостанция «В-92» проводила диспуты и «круглые столы», посвященные коллективной ответственности сербского народа за совершенные злодеяния, сама постановка вопроса о которых могла кончиться для журналистов крайне плачевно[1].

Зато деятельность МТБЮ по восстановлению исторической правды вызывает самые неоднозначные оценки. Прежде всего отметим, что из 161 человека, в отношении которых Прокурором МТБЮ были выдвинуты обвинения, 101 серб (более 60 %) и лишь 37 хорватов, 9 боснийских мусульман, 9 албанцев, 2 македонца и 2 черногорца. Более того, из высшего политического руководства обвинения предъявлялись только сербам – как руководству Союзной Республики Югославия (например, С. Милошевичу и М. Милутиновичу), так и высшим должностным лицам сербских анклавов в Хорватии (Г. Хаджич, М. Бабич) и Боснии (Р. Караджич, Р. Младич, Б. Плавшич, М. Краишник и др.). В то же время ни лидер боснийских мусульман А. Изетбегович, ни президент Хорватии Ф. Туджман, ни предводитель косовских албанцев И. Ругова перед судом так и не предстали.

Между тем при самом большом количестве обвиняемых в отношении сербов вынесены только 3 оправдательных приговора (М. Милутиновичу, М. Перишичу и М. Радичу), при этом исключительно сербам выносились приговоры о пожизненном заключении, самое большое количество смертей в заключении, включая смерть С. Милошевича, также приходится на их долю[2]. Все это приводит к формированию в сербском обществе представления о том, что эпизодическое привлечение к ответственности хорватов и босняков проводилось не столько с целью наказания преступни-

[1] Ibid. P. 21.

[2] Статистическую информацию о деятельности МТБЮ см.: https://www.icty.org/en/cases/key-figures-cases

ков, сколько для иллюстрации тезиса о том, что МТБЮ судит не только сербов.

Данное представление еще больше укрепилось в общественном сознании после решения по делу *Готовина/Маркач.* Хорватский генерал А. Готовина, без преувеличения могильщик Сербской Краины – крошечной автономии сербов, существовавшей в составе Хорватии в 1991-1995 гг., тремя голосами против двух приговоренный к 24 годам тюремного заключения за преступления против человечества и нарушение правил и обычаев войны, в конечном итоге был оправдан Апелляционной палатой трибунала в 2012 г. Как указывает А. Н. Антонов, на Апелляционную палату не произвели никакого впечатления ни факты неизбирательного обстрела столицы Сербской Краины Книна, в ходе которого по городу, не оказывающему никакого военного сопротивления, были выпущены более 900 снарядов в течение менее двух дней, при том, что артиллерия «Хорватского войска» не имела ни позиций с прямой видимостью на город, ни нормальной корректировки огня; ни множество свидетельств о других преступлениях в нарушение правил, установленных международным гуманитарным правом, совершенных хорватскими силами; ни речи президента Туджмана, откровенно разжигавшие межнациональную рознь; ни дискриминационные меры, направленные на недопущение возвращения сербов (около 200 тысяч) в Хорватию по окончании конфликта. Не случайно, в своем особом мнении судья МТБЮ из Италии Ф. Покар охарактеризовал решение большинства как «противоречащее самому смыслу правосудия»[1]. В то же ряду находится оправдание трибуналом бывшего премьер-министра Косово Р. Харадиная и «боснийского мясника» Н. Орича.

В завершение темы отметим, что слово «примирение» встречается в 24 решениях МТБЮ, в 20 из которых обвиняемый был признан виновным. Причем только в 4 решениях судьи упомянули примирение без предшествовавшей вынесению решения «сделки о признании вины» с обвиняемым[2].

[1] Подробнее см.: *Антонов А.* Решение Трибунала по бывшей Югославии в деле *Готовина/ Маркач* как отражение отдельных тенденций развития международного уголовного правосудия // Международное правосудие. 2013. № 4. С. 121-127.

[2] *Bachmann K., Sparrow-Botero T., Lambertz P.* Op. cit. P. 341.

Гораздо меньше споров и эмоций вызвала деятельность созданной в феврале 2002 г. комиссии по установлению истины, осуществлявшей свою компетенцию в тесном сотрудничестве с МТБЮ. Однако просуществовавшая чуть более года комиссия, членов которой не раз обвиняли в личной преданности сменившему Милошевича на посту президента Сербии В. Коштунице, насколько известно, не провела ни одного расследования, не организовала ни одних слушаний с участием жертв конфликта и, в конечном итоге, прекратила свое существование[1]. Более того, в период «переходного кабинета» между свержением Милошевича и формированием правительства Джинджича, завершившегося только в январе 2001 г., шефу сербской госбезопасности Р. Марковичу удалось уничтожить 11490 секретных документов, проливающих свет на преступления прежнего режима[2].

Фиксировались попытки создания комиссий по установлению истины и на региональном уровне. Так, в середине декабря 2003 г. правительство Республики Сербской сформировало Комиссию по расследованию событий в Сребренице и ее окрестностях с 10 по 19 июля 1995 г. В ее состав вошли семь членов, 5 из которых назначало правительство, а 2 – Верховный представитель ООН по Боснии и Герцеговине. Помимо, юристов, специалистов в области уголовного права, в комиссию попали два историка – Ж. Вуядинович (от сербской стороны) и С. Чекич (представитель босняков), взаимный антагонизм между которыми не охладевал на всем протяжении ее работы. Мандат комиссии был выдан на полгода, до 11 июня 2004 г., хотя затем с одобрения Верховного представителя был продлен до 15 октября 2004 г. Комиссия подготовила доклад, в котором поставила под сомнение официальное количество босняков (8000 человек), погибших в ходе этнической чистки, проведенной в Сребренице войсками Р. Младича. По мнению комиссии, речь могла идти не более, чем о 1000 погибших в результате собственно этнической чистки, а также о неустановленном количестве убитых в результате других причин (в бою, во взаимных конфликтах, в ре-

[1] *Hayner P.* Unspeakable truths. Transitional justice and the challenge of truth commissions. N.-Y.-L.: Routledge, 2011. P. 252.

[2] *Gordy E.* Guilt, responsibility, and denial: the past at stake in post-Milosevic Serbia. P. 88.

зультате самоубийств, на минных полях, при переходе через реки Дрину и Ядру и т. д.). Член комиссии С. Чекич опроверг результаты работы комиссии, выступив с альтернативным докладом, в котором называлась более близкая к официальной цифра в 7800 убитых. В конце концов, ключевой вопрос о случившемся в Сребренице летом 1995 г. фактически остался открытым[1].

Взаимодействие истории и международного правосудия может идти по нескольким направлениям. Например, в ЕСПЧ, как подчеркивает А. И. Ковлер, государства могут просить Суд принять в расчет исторический контекст для того, чтобы подчеркнуть влияние значимости истории на возможности оценивания, которые имеются у соответствующего государства[2]. В постановлении по делу *Станков и Объединенная организация Македонии «Илинден» против Болгарии* читаем: «Власти Болгарии подчеркнули, что информация об историческом контексте и текущей ситуации в Болгарии и на Балканах существенна для понимания данного дела» (параграф 47 постановления)[3]. Суд отвечает на пожелание правительства и воспроизводит в данном постановлении «Краткое изложение властями Болгарии исторического контекста».

Однако в большинстве случаев именно сам суд (МТБЮ не исключение), учитывая исторический контекст дела, составляет общую картину фактов, поскольку очень часто «история» подсудимого связана с более широким контекстом. И вот здесь начинаются затруднения, поскольку не всегда понятно, почему в некоторых случаях трибунал может погружаться в глубину веков, а

[1] Подробнее см.: *Вуядинович Ж.* Комиссия правительства Республики Сербской по расследованию событий в Сребренице и ее окрестностях с 10 по 19 июля 1995 г. (создание, мандат, ход и результаты деятельности // Международный трибунал по бывшей Югославии: деятельность, результаты, эффективность. Материалы Междунар. науч. конф. (Москва, 22-23 апр. 2009 г.) / Отв. ред. *Е. Ю. Гуськова*. М.: Индрик, 2012. С. 173-190.

[2] *Kovler A.* La Cour devant l'histoire, l'histoire devant la Cour ou comment la Cour europeenne "juge" l'histoire // La conscience des droits: melanges en l'honneur de Jean-Paul Costa. Paris: Dalloz, 2011. P. 338.

[3] Станков и Объединенная организация Македонии «Илинден» против Болгарии // http://www.lawtrend.org/wp-content/uploads/2014/03/Stankov1.pdf.

в некоторых – ограничиться моментальной фотографией событий недавнего прошлого.

Начиная с первого же судебного разбирательства в своей практике, МТБЮ апеллировал к истории. Так, в решении по делу *Прокурор против Тадича* говорится: «… за распадом многонациональной федеративной Югославии… незамедлительно последовал распад многонациональной Боснии и Герцеговины… Как боснийские сербы, так и боснийские хорваты ясно дали понять, что они готовы скорее пойти на вооруженный конфликт, нежели примириться со статусом национального меньшинства в государстве, где доминируют мусульмане» (параграф 83 решения)[1].

В этом же решении содержится значительный по объему раздел II, именуемый «историческая справка и предварительно установленные факты» (параграфы 53-192), в котором трибунал последовательно анализирует общий исторический и географический контекст случившегося на Балканах, делает ретроспекции в историю южных славян, начиная со времен Османской империи, упоминает политику конфликтующих народов в годы Второй мировой войны, дает оценки «Югославии Тито» и описывает процесс ее последующей дезинтеграции после смерти лидера в 1980 г. Затем трибунал переходит к анализу событий 1990-х годов, описывая роль Югославской народной армии и ее трансформацию преимущественно в сербско-черногорскую по национальному составу, влияние идеи «Великой Сербии», вброшенной в массы С. Милошевичем в День битвы на Косовом поле 28 июня 1989 г., формирование «Антикризисного штаба» боснийских сербов после провозглашения независимости Боснии и кратко ход боевых действий. Отдельное место в решении занимает история общины Приедор, где и были совершены инкриминируемые Тадичу военные преступления.

Более того, вся обстановка судебного разбирательства по делу Тадича словно дышала историей. Об этом свидетельствует, например, такой диалог между председательствующей на процессе судьей Г. Макдональд и экспертом доктором Дж. Гоу в первый же день судебных слушаний 7 мая 1996 г.:

Макдональд: Если это возможно, может быть, Вы расскажите нам, от начала до конца, об изменениях в этническом составе на

[1] http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-tsj70507JT2-e.pdf.

разных землях (Югославии. – *Прим. авт.*), начиная с XIV века ? Это возможно сделать ? Может быть, Вы даже не поняли моего вопроса, ведь я не особо историк, хотя и интересуюсь историей… Американской историей.

Гоу: Я думаю, что цель свидетельствования… все же осветить события 1991 года и последующих лет в военно-политическом контексте. Исходя из этого, я проанализировал некоторые факторы, которые привели к созданию независимых государств на территории Югославии, распавшейся в 1991 году, а это означает отсылки не то, что к XIV, а к IV веку…, дабы прояснить, почему территории, входившие в федерацию, в конечном счете, вышли из нее[1].

К подлинным шедеврам юридико-исторической мысли можно отнести решение МТБЮ по делу *Прокурор против Драгомира Милошевича*, посвященное осаде Сараево. Решение занимает 337 страниц и представляет собой своего рода «энциклопедию» 4-летней осады. В нем не только дается общий контекст истории города, его географического положения и роли в жизни независимой Боснии, не только скурпулезно перечисляются трагические эпизоды осады, как, например, гибель детей от пуль сербских снайперов во время катания на санях или взрыв на рынке Маркал, но и затрагивается множество других проблем, передающих атмосферу жизни в осажденном городе. Например, в подразделе «Эффект от снайперского огня» последовательно анализируются: a) повседневная жизнь гражданского населения; b) физическое влияние снайперского огня; c) психологическое влияние снайперского огня; d) возможность для мирного населения покинуть Сараево (параграф 7 подраздела E раздела II решения)[2].

Надо сказать, что в последующем трибунал давал уже менее развернутые исторические характеристики. Например, в решении 2001 года по делу *Прокурор против Крстича* говорилось: «Судебная палата оставляет историкам и социальным психологам право оценивать глубину этого эпизода Балканского конфликта (речь идет о геноциде в Сребренице. – *Прим. авт.*)… Наша же задача более скромная: выяснить, исходя из свидетельств, представленных

[1] Цит. по: *Wilson R. A.* Writing history in international criminal trials. P. 71.

[2] http://www.icty.org/x/cases/dragomir_milosevic/tjug/en/071212.pdf.

в ходе процесса, что на самом деле происходило в течение этих девяти дней» (параграф 2 решения)[1]. А вот архитектоника решения 2016 года по делу *Прокурор против Шешеля* вовсе не содержит в себе какой-либо исторической информации и сразу переходит к сути предъявленных В. Шешелю обвинений[2].

Почему так происходит ? Видимо, в первые годы своего существования трибунал пытался выработать некий общий подход к предпосылкам и причинам возникновения Югославской войны, сформулировать (в том числе для себя) некий универсальный подход к произошедшему на Балканах в 90-х годах прошлого столетия, объяснить природу Балканского кризиса. Когда же это было сделано в первые годы его существования, то в последующем трибунал уже мог позволить себе не отвлекаться на изложение исторического контекста и непосредственно переходить к вопросу о виновности конкретных лиц. Проблема только в том, что различные этнические группы отстаивали свои версии произошедшего как на макро- (кто начал войну), так и на микроуровнях.

Например, в отношении того же взрыва на рынке Маркал есть боснийская версия событий (рынок обстреляли боснийские сербы), которая, в конечном итоге, была поддержана МТБЮ, и сербская (обстрел был провокацией самих же боснийцев), которые едва ли между собой когда-либо примирятся. Особенно настораживает, что полковник А. В. Демуренко, занимавший в то время пост начальника штаба миротворческого контингента ООН в Сараево, в ходе судебного разбирательства прямо сказал, что с его точки зрения обстрел рынка был делом рук боснийцев, которые хотели спровоцировать НАТО на активные действия против войска Республики Сербской, что, в конечном итоге, и произошло (параграфы 703, 704 решения по делу *Прокурор против Драгомира Милошевича*)[3]. Как видим, даже в МТБЮ не удается избежать кризиса совести в современном мире, где история часто воспринимается как набор фактов, которые каждый может выбирать и интерпретировать по-своему.

[1] http://www.icty.org/x/cases/krstic/tjug/en/krs-tj010802e.pdf.

[2] http://www.icty.org/x/cases/seselj/tjug/en/160331.pdf.

[3] http://www.icty.org/x/cases/dragomir_milosevic/tjug/en/071212.pdf.

Известно, что та или иная интерпретация событий прошлого, поддержанная в судебном решении, именуется на языке профессионалов «судебной истиной» (*forensic truth*). Стоит ли говорить о том, что максимальное сближение «судебной истины» и реальности – это то единственное, ради чего международному правосудию стоит существовать ?

1.2. Право на правду – новое право человека ?

Право на правду, хотя и имеет самостоятельное значение, однако тесно связано в своём правовом регулировании с процессуальным аспектом права на жизнь, запретом пыток и правом на доступ к информации. Так оно интерпретируется в документах ООН, практике региональных судов по правам человека, прежде всего Европейского и Межамериканского.

Генетически право на правду (англ. *right to truth*, исп. *derecho a la verdad*) рождается как реакция на правонарушающие практики, получившие широкое распространение в странах Латинской Америки в конце 1970-х – начале 1980-х годов. Дело в том, что тогдашние военные хунты (в Чили, Аргентине, Бразилии), расправляясь со своими политическими оппонентами, прибегали не к открытым казням, а к так называемым «насильственным исчезновениям», при которых люди, неугодные режиму, просто исчезали. Как говорил генерал Х. Видела, один из лидеров аргентинской хунты, «они не живы и не мертвы, они исчезли»[1]. В политико-правовом лексиконе тех лет даже возникло понятие *los desaparecidos* – исчезнувшие. Похищенных людей подвергали допросам, пыткам, а затем расстреливали или накачивали наркотиками и выбрасывали в море с самолётов («полёты смерти»). Детей, рождённых в тайных тюрьмах, разлучали с матерями и отдавали в семьи военных и номенклатуры, что с особым талантом показано в фильме режиссёра Л. Пуэнсо «Официальная версия», удостоенном в 1986 году премии «Оскар».

Однако сам характер этих преступлений делал забвение (*silencio*) невозможным. «Похищения людей, которые исключали возможность семейного или общественного траура, поместили их в своего рода вечное настоящее. В каком-то смысле похищенные остались вместе с живущими и продолжают… своё особое существование в социальном пространстве»[1]. Подобная неопределённость в правовом и чисто человеческом статусе жертв рождала у членов их семей стремление докопаться до истины. Однако в государственных учреждениях, включая медицинские (морги и проч.), они получали лишь краткие отписки. Прорвать же стену молчания удалось только во второй половине 1980-х годов, когда правление военных подходило к концу – иногда, как в случае с пиночетовским Чили, добровольно, чаще – после череды экономических кризисов и внешнеполитических провалов, как, скажем, это произошло с хунтой аргентинской. Как следствие, правовые системы соответствующих стран, стремясь заполнить «лакуну безнаказанности», стали индуктивно вырабатывать параметры права на правду, понимая под ним обязанность государства проводить расследования и информировать потерпевших о совершённых против них преступлениях (индивидуальное право), а также право общества знать о трагических событиях, повлекших массовые нарушения прав человека (коллективное право)[2].

Х. Мендес, Специальный докладчик ООН по вопросу о пытках и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видах обращения и наказания, передаёт сущность права на правду посредством трёх «*w*»: *what, why & who*, то есть что (*what*) произошло, почему (*why*) это произошло и кто (*who*) за это ответственен?[3]

Между тем истоки данного права можно найти ещё в первых послевоенных конвенциях – источниках международного гуманитарного права. Так, в статье 32 Дополнительного протокола I к Женевским конвенциям 1949 года говорится, что «Высокие Договаривающиеся Стороны… в своей деятельности, прежде всего, исходят из права семей знать о судьбе своих родственников».

[1] Цит. по: *Эппле Н.* Указ. соч. С. 135.

[1] Цит. по: *Эппле Н.* Указ. соч. С. 136.

[2] *Нелаева Г. А.* Право на установление истины в контексте правосудия переходного периода: опыт стран Латинской Америки // Латинская Америка. 2020. № 5. С. 44.

[3] *Mendez J., Bariffi F.* Truth, right to, international protection // https://www.corteidh.or.cr/tablas/r17382.pdf

Статья 33 того же протокола обязывает стороны заниматься поиском лиц, считающихся пропавшими без вести. Жаль только, что пройдя сквозь ужасы Второй мировой войны, человечество не могло себе даже представить, что в странах Южного конуса будет развязан государственный террор против собственных граждан.

Настоящим прорывом стало принятие уже в наши дни Международной конвенции для защиты всех лиц от насильственных исчезновений, к сожалению, пока не ратифицированной Россией. В части 2 статьи 24 указанного документа закреплено положение, согласно которому каждая жертва имеет право знать правду об обстоятельствах насильственного исчезновения, о ходе и результатах расследования и о судьбе исчезнувшего лица.

В западной литературе значение права на правду сводится к трём ключевым моментам: 1) в своё время данное право выступило в качестве «противоядия» от амнистий, которые выторговали себе уходящие хунты; 2) оно служит условием доступа к правосудию и, наконец, 3) подтверждает реальный характер совершённых в прошлом преступлений[1].

В отношении амнистий заметим, что в той же Аргентине их было несколько: так называемый «Закон национального умиротворения» 1983 года, принятый ещё в период правления Виделы, но практически сразу отменённый демократически избранным президентом Р. Альфонсином, а также ещё два закона – «Закон о конечной точке» (*Lei de Puncto Final*) 1986 года, установивший 60-дневный срок для жалоб на военных и полицию, по истечении которого им больше не могли быть предъявлены обвинения, и принятый годом позже «Закон о необходимости подчинения» (*Lei de Obediencia Debida*), освободивший от ответственности рядовых членов армии и полиции как исполнявших приказ. Более того, в сентябре 1990 года президент К. Менем под давлением «силовиков» помиловал (*indultos*) представителей высшего командования, осуждённых в 1985 году в ходе исторического процесса над лидерами хунты, одним из обвинителей на котором, кстати сказать, выступал будущий первый Прокурор МУС Л. Морено Окампо. Однако с приходом к власти в 2003 году Н. Киршнера оба закона

[1] *Garibian S.* Ghosts also die // Journal of international criminal justice. 2014. Vol. 12. Issue 3. P. 514.

были аннулированы парламентом, а двумя годами позже Верховный Суд признал их неконституционными, что повлекло окончательную утрату ими юридической силы[1].

Между тем ещё в период действия законов об амнистии родственники жертв, апеллируя к праву на правду, инициировали так называемые «суды правды» (*juicios por la verdad*), проходившие в судах общей юрисдикции. Последние пользовались правом вызывать и допрашивать свидетелей, обязывали военных предоставлять засекреченные данные, в то время, как сами военные, не опасавшиеся уголовной ответственности, будучи вызваны в суд в качестве свидетелей, рассказывали то, о чём раньше молчали[2].

Подобного рода судебный активизм, подкреплённый действиями представителей негосударственного сектора, в первую очередь, общественной организации «Матери площади Мая» (*Madres de la Plaza de Mayo*), нашёл соответствующую поддержку на региональном уровне, главным образом в деятельности Межамериканского суда по правам человека (далее – МАСПЧ; Суд Сан-Хосе), начавшего свою работу ещё в 1978 году[3]. При этом задачу существенным образом облегчало то обстоятельство, что согласно части 22 статьи 75 Конституции Аргентины Американская декларация о правах и обязанностях человека 1948 года, Американская конвенция о правах человека 1969 года, Конвенция против пыток 1984 года и ряд других универсальных международных документов по своему статусу имеют юридическую силу, равную конституционным нормам. Их положения должны рассматриваться как дополнительные к установленным в Конституции правам и гарантиям[4].

За десятилетия, прошедшие с момента падения латиноамериканских диктатур, МАСПЧ наработал обширную практику в отношении права на правду. Первым по времени стало постановление по делу *Веласкес Родригес против Гондураса*, вынесенное 29

[1] Ibid. P. 517.

[2] *Ключников А. Ю.* Право на истину в международном правосудии // Lex Russica. 2020. Т. 73. № 12. С. 109.

[3] Подробнее о нём см.: *Ковлер А.* «Возьмёмся за руки, друзья…» // Международное правосудие. 2018. № 4. С. 55-57.

[4] Конституция Аргентинской Республики // Конституции государств Америки: В 3-х тт. / Под ред. *Т. Я. Хабриевой*. Т. 3. М.: ИЗиСП при Пр-ве РФ, 2006. С. 31.

июля 1988 года. В нём Суд подтвердил право членов семей жертв знать правду о судьбе их близких, вытекающее из статей 8 (право на справедливый суд) и 25 (право на судебную защиту) Американской конвенции. В частности, в постановлении сказано: «Обязанность расследовать соответствующие факты сохраняется столь долго, сколько существует неопределённость касательно судеб людей, которые исчезли. Даже если предположить, что виновные в этих преступлениях в состоянии избежать ответственности за их совершение в силу ряда причин, тем не менее государство обязано использовать все имеющиеся средства, дабы проинформировать родственников о судьбе жертв и, если те убиты, о месте погребения их останков» (параграф 181)[1].

Из более новых дел можно упомянуть постановление от 24 ноября 2010 года по делу *Гомес Лунд и другие против Бразилии*, в котором Суд Сан-Хосе отчасти столкнулся с теми же проблемами, которые встали перед ЕСПЧ в деле *Яновец и другие против России*.

В частности, в упомянутом постановлении шла речь о насильственных исчезновениях, имевших место около сорока лет тому назад в ходе «грязной войны» в Бразилии, точнее, об участи семидесяти жертв, членов «Арагуайской герильи», бесследно сгинувших в промежутке между 1972 и 1975 годами. В Бразилии, как и в Аргентине, был принят закон об амнистии, конституционность которого, однако, в 2010 году подтвердил Верховный Суд. Следовательно, бразильские власти утверждали, что, во-первых, в то время, когда жертвы пропали без вести, насильственные исчезновения формально не считались преступлением, а во-вторых, всё это имело место за три десятилетия до того, как Бразилия признала юрисдикцию МАСПЧ. Кроме того, с точки зрения внутригосударственного законодательства привлечение к уголовной ответственности за эти преступления сорок лет спустя с учётом сохраняющего силу закона об амнистии противоречило бы принципу законности[2].

[1] https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_ing.pdf

[2] *Алдана Р.* Исправляя ошибки прошлого и излечивая болезни настоящего: *Гомес Лунд и другие против Бразилии* // Международное правосудие. 2011. № 1. С. 58.

Однако МАСПЧ не только подтвердил актуальность права на правду, но также расширил содержание обозначенного права, выводя его из положений статьи 13 (свобода мысли и выражения) Американской конвенции, то есть свободы искать, получать и распространять всякого рода информацию. С точки зрения Суда, право на правду чрезвычайно важно для консолидации и сохранения демократической формы правления. Оно включает в себя, как следует из постановления, право родственников жертв военных преступлений на доступ ко всей информации, связанной с этими преступлениями, причём государство не вправе, ссылаясь на то, что обнародованная информация может поставить под угрозу гражданский мир и согласие, отказать в доступе к ней тем лицам, которым она необходима для целей уголовного преследования[1]. Таким образом, реализация права на правду стала едва ли не единственным способом обойти законодательство об амнистии и привлечь виновных к ответственности независимо от сроков давности, которые, впрочем, не распространяются по общему правилу на военные преступления и преступления против человечности.

По этой причине на «судах правды» в Аргентине тактика потерпевших была следующей. Оговорившись, что их требованием было не установление виновности конкретных лиц, а стремление обязать компетентные органы провести полноценное расследование, они ссылались на статью 33 Конституции, устанавливающую, что перечисленные в настоящей Конституции декларации, права и гарантии не должны пониматься как отрицание других прав и гарантий, в ней не перечисленных, но вытекающих из принципов независимости народа и республиканской формы правления[2]. В силу этого родственники апеллировали к праву на соблюдение траура (*derecho al duelo*), добивались признания над ним юрисдикции того или иного федерального суда, затем обращались к практике Суда Сан-Хосе как непосредственно действующему праву, переходили к признаваемому им праву на правду

[1] *Алдана Р.* Исправляя ошибки прошлого и излечивая болезни настоящего: *Гомес Лунд и другие против Бразилии* // Международное правосудие. 2011. № 1. С. 59, 60.

[2] Конституция Аргентинской Республики. С. 20.

и, в конечном итоге, суд принимал дело к производству и рассматривал его[1].

Что касается права на правду как условия доступа к правосудию, следует отметить, что в ряде государств, не исключая Аргентину и Бразилию, наряду с деятельностью судебной системы, которая либо запаздывала, либо проявляла лояльность к бывшим прислужникам режима, большим авторитетом пользовались так называемые «комиссии по установлению истины» или «комиссии правды и примирения», состоявшие из видных представителей интеллигенции, которые, обладая необходимыми полномочиями, имели право проводить общественное расследование событий, вызвавших широкий резонанс. Так, во главе аргентинской Национальной комиссии по делу о массовом исчезновении людей (*CONADEP*) встал писатель Э. Сабато, известный у нас по роману «О героях и могилах». В ходе её работы были собраны свидетельства о 340 тайных тюрьмах, 1300 людях, содержавшихся в заключении перед исчезновением, и о 8960 исчезнувших. Комиссия подготовила доклад о преступлениях хунты, получивший название, ставшее нарицательным, - «Больше никогда !» (*Nunca Mas*). Как подчёркивает Н. Эппле, «этот доклад стал первым шагом и образцом для инициатив по собиранию фактов и сохранению памяти о преступлениях»[2].

В первый же день было продано 40 тысяч экземпляров доклада. Всего он разошёлся тиражом в 300 тысяч, его можно было увидеть даже на аргентинских пляжах[3]. Однако добытая с колоссальным трудом информация не могла считаться фактами, установленными в судебном порядке, обладающими свойствами *res judicata* и т. д., хотя, несомненно, могла трактоваться как способ реализации права на правду. Именно так интерпретировал это МАСПЧ, подчеркнувший в одном из постановлений, что «историческая правда, содержащаяся в материалах указанных комиссий, не заменяет собой обязательство государства установить

[1] *Garibian S.* Op. cit. P. 522.

[2] *Эппле Н.* Указ. соч. С. 141.

[3] *Gaynor F.* Uneasy partners – evidence, truth and history in international trials // Journal of international criminal justice. 2012. Vol. 10. Issue 5. P. 1274.

правду посредством юридических процедур» (параграф 150)[1]. Иными словами, комиссии устанавливали «историческую правду», но не судебную истину.

Значительная роль в процессе обретения права на правду традиционно отведена архивам. Например, в Бразилии ещё в 1990-е годы в Национальный архив были переданы более 20 тысяч армейских документов[2]. В Аргентине же, несмотря на негласное распоряжение генерала Р. Биньоне уничтожить все имеющиеся материалы о «грязной войне», часть из них уцелела и после возвращения к демократическому правлению была передана на вечное хранение в печально известную Школу механиков ВМС (*ESMA*), преобразованную в «Пространство памяти, популяризации и защиты прав человека», на территории которой ныне располагается музей и представительства правозащитных организаций.

Избрание президентом в 2003 году Н. Киршнера, а в 2007 году – его супруги Кристины, дало новый мощный импульс мемориальному буму. В 2003 году был создан Национальный архив памяти, а к сегодняшнему дню уже в каждой провинции, за исключением двух, есть свой мемориальный центр. Широким фронтом идёт оцифровка релевантных документов с последующим опубликованием их в сети интернет[3].

Однако не стоит думать, будто бы право на правду и обнародование ранее засекреченных документов о государственном терроре является отличительной чертой исключительно латиноамериканского перехода к демократии. В 1990 году, после падения Берлинской стены и объединения двух Германий, стал популярным лозунг «Свободу моему досье !» Имелась в виду желаемая возможность для каждого немца ознакомиться со своим досье, хранящимся в архивах Министерства государственной безопасности (далее – МГБ) ГДР – легендарного Штази. Как указывает Е. Лёзина, глубокий знаток данной проблематики, в основном фигурировали три аргумента в пользу открытия архи-

[1] https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_ing.pdf

[2] *Алдана Р.* Указ. соч. С. 60.

[3] *Nazar M.* Archives for truth and justice in Argentina // Archives and human rights / Ed. by *J. Boel, P. Canavaggio & A. Quintana*. N. Y. – L.: Routledge, 2021. P. 301.

вов тайной полиции. Во-первых, для восточногерманских диссидентов речь шла о необходимости восстановления правды о собственной судьбе и о собственном прошлом. Они имели право, наконец, узнать о тех, кто долгие годы занимался доносительством. Во-вторых, с помощью архивных документов можно было определить степень виновности сотрудников Штази, понять, какие преступления совершались, и по возможности привлечь виновных к ответственности. Наконец, через исследование документов можно было понять систему работы МГБ и его роль в структуре восточногерманских органов власти[1]. Примечательно, что главой ведомства, куда были переданы все архивы секретных служб, стал лютеранский пастор Й. Гаук, избранный в 2012 году президентом ФРГ.

Как стало понятно из архивных материалов, в Штази было зарегистрировано около 624 тысяч осведомителей. В последний год существования ГДР на госбезопасность продолжали тайно и неофициально работать 189 тысяч человек (около 2,5 % населения тогдашней Восточной Германии в возрасте от 18 до 60 лет, но 10 тысяч осведомителей были моложе 18 лет). С их помощью досье были заведены на более, чем 6 миллионов граждан[2], что в наши дни воспринимается как нечто фантастическое и невозможное.

Ощутимой поддержкой право на правду пользуется на уровне ООН. В 2009 году Совет по правам человека принял Резолюцию 12/12 «Право на установление истины», в которой, наряду с констатацией того, что в разных правовых системах данное право может толковаться по-разному (как право знать, или право быть информированным, или право на свободу информации), подчёркивалось важное значение сохранения исторической памяти относительно грубых нарушений прав человека и серьёзных нарушений международного гуманитарного права посредством хранения архивов и других документов, касающихся этих нарушений[3]. Ещё раньше, в 2006 году, Управление Верховного комиссара ООН по правам человека (далее – УВКПЧ) обнародовало объёмное исследование, посвящённое праву на установление истины. В нём говорится, что обозначенное право предполагает получение полных и подробных достоверных сведений о происходивших событиях, конкретных обстоятельствах этих событий и их участниках, включая информацию об обстоятельствах, при которых были совершены нарушения, а также о причинах этих нарушений[1]. Наконец, как образно сказано в докладе независимого эксперта Д. Орентличер об обновлённом своде принципов борьбы с безнаказанностью, «знание народом истории своего угнетения является частью его достояния…»[2] Поэтому неудивительно, что в 2010 году Генеральная ассамблея ООН провозгласила 24 марта Международным днём права на правду, а годом позже Совет по правам человека ООН учредил мандат Специального докладчика по вопросу о содействии установлению истины, правосудию, возмещению ущерба и гарантиям недопущения нарушений, которым стал П. де Грейфф.

В упомянутом исследовании УВКПЧ проводится мысль о том, одна из возможностей для установления истины связана с деятельностью органов международного уголовного правосудия, таких, как МТБЮ, МТР и МУС. Вместе с тем в странах английского языка и международных юрисдикциях, некогда испытавших их влияние, истина в её онтологическом значении не устанавливается. Ведь с позиций доминирующей в англосаксонском дискурсе прагматической философии чёткое соответствие между реально произошедшим и его судебной моделью является недостижимым. Более того, в международных судах и трибуналах представлены судьи как из стран, принадлежащих состязательной системе, так и из стран, находящихся в лоне континентальных подходов. А потому в совещательной комнате, насколько известно, ведутся весьма бурные дискуссии по поводу оптимальных процессуальных способов установления фактических обстоятельств дела, отражающие взгляды представителей различных процессуальных школ. Не секрет, что в континентальных системах органы следствия и суд обязаны действовать по своей инициативе «всесторонне, пол-

[1] *Лёзина Е.* Указ. соч. С. 176, 177.

[2] Там же. С. 166, 167.

[3] https://undocs.org/pdf?symbol=ru/A/HRC/RES/12/12

[1] https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/106/58/PDF/G0610658.pdf?OpenElement

[2] https://undocs.org/pdf?symbol=ru/E/CN.4/2005/102/Add.1

но и объективно», а в англосаксонских органы следствия действуют односторонне, в интересах обвинения, когда как суд не обязан устанавливать по своей инициативе обстоятельства дела (он «пассивен»)[1]. Поэтому возникает вопрос, о какой «правде» в международном уголовном процессе может тогда идти речь ? А как быть в тех случаях, когда подсудимый заключил сделку с обвинением ? Неслучайно во многих внутригосударственных правопорядках судебные приговоры, вынесенные на основании сделок о признании вины, не обладают преюдициальным значением.

Характерный в этом отношении диалог произошёл в феврале 2010 года в МТБЮ в ходе слушаний по делу бывшего президента Республики Сербской Р. Караджича:

Караджич: Мы должны установить все обстоятельства событий и, наконец, пролить свет на произошедшее в Сребренице. Так, чрезвычайно важно выяснить, откуда (у босняков. – *Прим. авт.*) появилось оружие; это важно ещё и потому, что мы хотим продемонстрировать и задаться вопросом, как предвзятые представители соответствующих стран могут быть свидетелями на этом процессе.

Судья Квон: Господин Караджич, я хотел бы напомнить Вам, что цель судебного разбирательства состоит в оценке предъявленных обвинений, как они изложены в обвинительном заключении. И этот процесс не является возможностью подготовить «белую книгу» всех злодеяний, которые тогда произошли. Вот почему я прошу Вас сконцентрироваться на защите самого себя от обвинений, содержащихся в обвинительном заключении[2].

Как бы там ни было, в международной уголовной юстиции право на правду пробивает себе дорогу, в первую очередь, благодаря расширению возможностей для жертв участвовать в процессе. Традиционно в уголовном разбирательстве англосаксонского типа жертвы выступали не в качестве европейских «потерпевших», а в качестве свидетелей обвинения. Причём количество таких свидетелей, особенно по делам о массовых преступлениях, всегда было ограничено, что, в свою очередь, объяснялось стратегией обвинения, пропускной способностью того или иного трибунала, удалённостью зоны конфликта от месторасположения суда (как правило, Гааги) и т. д. Так, по делу Р. Караджича в ходе разбирательства первого уровня было заслушано в общей сложности 586 свидетелей, из них 337 – свидетелей обвинения[1], среди которых львиную долю составляли жертвы боснийских сербов.

[1] Подробнее см.: *Головко Л. В.* Теоретические основы модернизации учения о материальной истине в уголовном процессе // Библиотека криминалиста. 2012. № 4. С. 78.

[2] Цит. по: *Groome D.* The right to truth in the fight against impunity // Berkeley journal of international law. 2011. Vol. 29. Issue 1. P. 186, 187.

Однако уже в Римском статуте МУС появляется самостоятельная процессуальная фигура потерпевшего (*victim*). Так, в части 3 статьи 68 говорится, что на стадиях судебного разбирательства, которые Суд сочтёт для этого подходящими, он разрешает представлять и рассматривать мнения и опасения потерпевших, когда их личные интересы оказываются затронутыми. Более того, согласно статье 79 статута решением Ассамблеи государств-участников учреждается Целевой фонд в интересах потерпевших от преступлений, подпадающих под юрисдикцию МУС, и семей таких потерпевших.

Почти сразу эти участники судопроизводства заставили говорить о себе. В частности, в решении касательно участия жертв в слушаниях по делу Лубанги Судебная палата I указала следующее: «Право представлять доказательства в ходе процесса не ограничено сторонами, и не потому, что Суд правомочен требовать представления всех доказательств, которые он считает необходимыми для установления истины, в соответствии с частью 3 статьи 69 Римского статута… Жертвам в ходе слушаний может быть разрешено предлагать и исследовать доказательства тогда, когда, по мнению Судебной палаты, это будет способствовать установлению истины…»[2].

Но столь же очевидно и то, что право на правду, как и любое другое право, не может быть абсолютным. Даже в практике МАСПЧ, казалось бы, благосклонно относящегося к нему, вы-

[1] *Антонов А. Н.* Расследование преступлений в условиях международного вооружённого конфликта. М.: Юрлитинформ, 2020. С. 237.

[2] Цит. по: *Bilsky L.* The right to truth in international criminal law // The Oxford handbook of international criminal law // Ed. by *K. Heller, F. Megret, S. Nouwen, J. Ohlin, D. Robinson*. N. Y.: Oxford University Press, 2020. P. 487.

сказывались позиции, существенно ослабляющие его правовую ценность. Так, в постановлении по делу *Бланко- Ромеро против Венесуэлы* Суд Сан-Хосе пояснил, что «не считает право на правду самостоятельным правом, вытекающим из статей 8, 13, 25 и 1(1) Конвенции… Право знать правду включается в право жертвы или ближайших родственников жертв обязать государственные власти установить правду о фактах, представляющих собой нарушения, и привлечь виновных к ответственности путём проведения расследования и выдвижения обвинений»[1].

В наиболее концентрированном виде аргументы противников права на правду изложил известный учёный-международник У. Шабас.

Во-первых, как уже было продемонстрировано, даже наиболее яркие приверженцы данного права наподобие МАСПЧ время от времени проявляют непоследовательность, то объявляя его самостоятельным правом человека, то рассматривая его исключительно в контексте других прав, прямо предусмотренных региональными конвенциями. Во-вторых, право на правду не может носить абсолютный характер ещё и потому, что остаётся открытым вопрос, насколько далеко оно может простираться в исторической перспективе. Как не без иронии заметил учёный, почему бы нам в таком случае не установить историческую правду касательно геноцида армян в 1915 году, голода в Ирландии в 40-х годах XIX века, трансатлантической торговли рабами на протяжении XVI-XVIII веков, Варфоломеевской ночи в 1572 году и т. п.[2] От себя добавим, что знакомые нам аргентинские суды в 2011 году постановили считать установленным тот факт, что «Турецкое государство совершило акт геноцида против армянского народа между 1915 и 1923 годами»[3], когда как в самой Турции признание геноцида армян подпадает под статью 301 Уголовного кодекса (введена в 2005 году), предусматривающую тюремное заключение за оскорбление

[1] https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_138_ing.pdf

[2] *Schabas W.* Time, justice and human rights. Statutory limitation on the right to truth ? // Understanding the age of transitional justice: crimes, courts, commissions and chronicling / Ed. by *N. Adler*. N. Y.: Rutgers University Press, 2018. P. 50.

[3] *Garibian S.* Op. cit. P. 516.

турецкого государства[1]. В-третьих, юрисдикция международных и/или региональных судов, имеющих дело с правом на правду, всегда ограничена так называемой «критической датой», то есть моментом ратификации соответствующей конвенции по правам человека, после которого только и становится возможным привлечение государства-ответчика к ответственности за её нарушение (критерий *ratione temporis*). Нельзя также сбрасывать со счетов и такой фактор, как «течение времени» (*passage of time*), ведь по прошествии многих лет некоторые факты попросту не могут быть установлены таким образом, чтобы соответствовать высоким стандартам доказывания, используемым в международном судопроизводстве, прежде всего стандарту «вне разумных сомнений»[2].

Аналогичной точки зрения придерживается и ЕСПЧ, подчеркнувший в одном из «кипрских» дел, что в случаях, когда речь идёт об установлении фактов «исторических событий», невозможно применять те же критерии, что и в отношении недавних нарушений. Объём обязательств предпринять определённые действия будет ограничен необходимостью проверить достоверность вновь полученных фактов, как, например, после обнаружения и идентификации останков. Требование соблюдения сроков расследования снижается по мере того, как проходит время с момента совершения преступления и пропадает необходимость предпринимать шаги, направленные на сохранение доказательств или опрос свидетелей, пока расследуемые события ещё были свежи в их памяти. По мнению ЕСПЧ, практически неизменным остаётся только требование независимости расследования, которое не подвержено течению времени[3].

Ещё одна сложность с правом на правду состоит в том, что последнее, согласно приведённым выше принципам, должно считаться бессрочным и не погашаемым давностью. В то же время статья 35 Европейской конвенции по правам человека 1950 года

[1] *Копосов Н. Е.* Ретрополитика или историческая память, демократия и популизм // KOINON. 2020. Т. 1. № 1-2. С. 148.

[2] *Schabas W.* Op. cit. P. 47.

[3] *Чернышова О. С.* Сюжет для сериала ? Право на правду в практике ЕСПЧ // Российский ежегодник Европейской конвенции по правам человека. 2015. № 1. М.: Статут, 2015. С. 156.

устанавливает 6-месячный (а с 1 февраля 2022 года – четырёхмесячный) срок для подачи жалобы в ЕСПЧ. И хотя, как указывает О. С. Чернышова, это ограничение не применяется автоматически к длящимся ситуациям (*continuing violation*), тем не менее Страсбургский Суд не раз подчёркивал, что в таком случае заявители должны действовать с разумной быстротой[1].

Хотя Европейская конвенция 1950 года и Протоколы к ней прямо не закрепляют право на правду, это отнюдь не означает, что в прецедентной практике ЕСПЧ ему не нашлось места. Так, в постановлении по делу *Ассоциация 21 декабря 1989 года и другие против Румынии* ЕСПЧ подчеркнул значение права потерпевших и членов их семей на получение информации о событиях, связанных с широкомасштабным нарушением таких прав, как право на жизнь, которое предполагает право на эффективное уголовное расследование и возможное право на компенсацию (параграф 144)[2].

Но наиболее заметно История вошла через широко открытую дверь в упоминавшееся ранее «катынское дело» (*Яновец и другие против России*), в котором шла речь о гибели тысяч польских узников от рук НКВД в районе Катыни в 1940 году. Это дело уникально тем, что, как отметили в своём совместном совпадающем мнении судьи ЕСПЧ А. Ковлер и А. Юдковская, Суд впервые столкнулся с процессуальными обязательствами, вытекающими из статьи 2 (право на жизнь) Европейской конвенции, в связи с событием, которое имело место не только до ратификации Конвенции государством-ответчиком, но и ещё до того, как она появилась на свет[3].

Изначально Палата из семи судей пришла к выводу, что жалоба о нарушении российскими властями обязательства по проведению

[1] *Чернышова О. С.* Сюжет для сериала ? Право на правду в практике ЕСПЧ // Российский ежегодник Европейской конвенции по правам человека. 2015. № 1. М.: Статут, 2015. С. 154.

[2] Постановление ЕСПЧ от 24 мая 2011 года по делу *Ассоциация 21 декабря 1989 года и другие против Румынии* // Избранные постановления Европейского Суда. Специальный выпуск. 2012. № 1. С. 77.

[3] Цит. по: Совместное совпадающее мнение судей А. Ковлера и А. Юдковской по делу *Яновец и другие против России* // Международное правосудие. 2013. № 1. С. 121.

эффективного расследования, вытекающего из положений статьи 2, не может быть рассмотрена по существу, однако в данном деле власти нарушили требования статьи 3 (запрет пыток). В этой связи Палата подчеркнула, что десять заявителей пережили двойную травму: они потеряли родственников во время войны, а затем в течение более 50 лет не могли узнать правду об обстоятельствах смерти последних по причине искажения исторических фактов советскими и польскими властями. Несмотря на то, что возбуждение уголовного дела в начале 1990-х годов дало им «луч надежды», позиция властей государства-ответчика в период после ратификации Конвенции фактически её уничтожила. Российские власти продемонстрировали «очевидное, систематическое и безразличное» пренебрежение озабоченностью и переживаниями заявителей, что должно было усилить страдания последних (параграфы 156, 165, 166)[1].

К принятому постановлению было приложено совместное совпадающее мнение судей от России и Украины А. Ковлера и А. Юдковской соответственно. Оно начиналось с мощного зачина: «… Как и большинство судей, мы считаем, что Катынский расстрел является в высшей степени ужасным военным преступлением, совершённым советским тоталитарным режимом… С другой стороны, мы полагаем, что Европейская конвенция по правам человека, явившаяся результатом кровавой главы в истории Европы XX века, появилась на свет «в рамках процесса восстановления Восточной Европы по окончании Второй мировой войны», а не с намерением вдаваться в подробности этой чёрной главы»[2]. Судьи поддержали итоговый вывод, к которому пришла Палата, касательно отсутствия у Суда юрисдикции по статье 2. «Можно ли было на разумных основаниях ожидать от российских властей, - писали А. Ковлер и А. Юдковская, - что они установят все обстоятельства Катынского расстрела и призовут виновных к

[1] https://hudoc.echr.coe.int/rus#{%22fulltext%22:[%22\%22CASE%20OF%20JANOWIEC%20AND%20OTHERS%20v.%20RUSSIA\%22%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-110513%22]}

[2] Совместное совпадающее мнение судей А. Ковлера и А. Юдковской по делу *Яновец и другие против России.* С. 121.

ответу через 50 лет после этих событий и через 30 лет после уничтожения основных документов по делу, когда большинства виновных и свидетелей уже не осталось в живых ?»[1]

Несмотря на кажущуюся риторическую блистательность, судьи, заявившие совместное совпадающее мнение, как-то упустили из виду, что ещё в 2004 году власти прекратили расследование массового убийства, засекретили постановление о прекращении дела, отказались признать родственников жертв потерпевшими и не предоставили им доступ к материалам дела. Следователи провели лишь частичную эксгумацию и опознание останков. Прокуратура отказалась реабилитировать жертв в соответствии с Законом «О реабилитации жертв политических репрессий» 1991 года, заявив, что невозможно определить конкретную правовую основу репрессий, которым они подверглись. Суды, рассматривавшие жалобы родственников на отказы, заявили, что нет оснований предполагать, что жертвы действительно были убиты. При этом они ссылались на незавершённость расследования. Имена многих жертв, в числе которых отец выдающегося польского режиссёра А. Вайды, и места их захоронения остаются неизвестными по сию пору[2].

Вынесенное Палатой постановление было обжаловано в Большую Палату ЕСПЧ, которая 21 октября 2013 года приняла решение и об отсутствии юрисдикции по статье 2, и о том, что российские власти не нарушили требований статьи 3. Принятое постановление было шокирующим ещё и потому, что множество правозащитных организаций, участвовавших в деле, утверждали, что право семей знать о судьбе своих пропавших или умерших родственников уже достигло уровня обычая по международному праву (параграф 124)[3].

[1] Совместное совпадающее мнение судей А. Ковлера и А. Юдковской по делу *Яновец и другие против России.* С. 122.

[2] https://www.fidh.org/IMG/pdf/ru_june_21_crimes_against_history_compressed.pdf

[3] https://hudoc.echr.coe.int/rus#{%22fulltext%22:[%22\%22CASE%20OF%20JANOWIEC%20AND%20OTHERS%20v.%20RUSSIA\%22%22],%22languageisocode%22:[%22UKR%22],%22appno%22:[%2255508/07%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-144745%22]}

Тем не менее ЕСПЧ ещё раз подчеркнул, что Суд не обладает юрисдикцией *ratione temporis* в отношении событий, произошедших до вступления Конвенции в силу для государства-ответчика. В то же время возможны случаи, в которых юрисдикция Суда распространяется на ситуации, возникшие до вступления Конвенции в силу (по выражению У. Шабаса, «критической даты»). В частности, если случай причинения смерти произошёл до критической даты, однако расследование этого случая происходит после, то в принципе Суд будет обладать юрисдикцией в отношении обязательства по проведению эффективного расследования. При этом существует важное отличие между обязательством расследовать обстоятельства подозрительной смерти и насильственного исчезновения. Обязательство расследовать обстоятельства исчезновения имеет длящийся характер, в то время как позитивное обязательство в отношении расследования смерти – нет. С точки зрения Большой Палаты не только гибель родственников заявителей, но и основные следственные действия по катынскому делу имели место до ратификации Конвенции Россией, а значит, в исследуемом деле отсутствуют «элементы, способные связать отдалённое прошлое с недавним постратификационным периодом» (параграф 140)[1].

В отношении страданий заявителей, квалифицированных Палатой как нарушение статьи 3, Большая Палата отметила, что к моменту вступления Конвенции в силу в отношении России (5 мая 1998 года) никакой неопределённости относительно участи польских военнопленных не было. Следовательно, заявители не могут считаться жертвами нарушения статьи 3, поскольку они являются родственниками погибших, но не исчезнувших лиц. В параграфе 184 сказано: «Суд не ставит под сомнение глубокое горе и страдания, испытанные заявителями вследствие внесудебной казни членов их семей. Тем не менее Суд напоминает, что в интересах правовой определённости, предсказуемости и равенства перед законом он не должен отходить от собственных прецедентов без ве-

[1] https://hudoc.echr.coe.int/rus#{%22fulltext%22:[%22\%22CASE%20OF%20JANOWIEC%20AND%20OTHERS%20v.%20RUSSIA\%22%22],%22languageisocode%22:[%22UKR%22],%22appno%22:[%2255508/07%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-144745%22]}

ских причин. Прецедентное право Европейского Суда гласит, что страдания членов семьи «исчезнувшего лица», которые в течение длительного времени попеременно испытывали надежду и отчаяние, могут оправдать признаки отдельного нарушения статьи 3 в связи с особенно чёрствым отношением национальных властей к их стремлению получить информацию… После этой даты (5 мая 1998 года) не осталось никакой неопределённости в отношении судьбы польских военнопленных. Хотя и не все тела были найдены, их смерть была публично признана советскими и российскими властями, и стала установленным историческим фактом»[1].

Таковы финальные выводы, к которым пришёл ЕСПЧ в этом чрезвычайно сложном деле. Оно служит лишним подтверждением того, что как и прежде, право на правду с трудом прокладывает себе дорогу. Вряд ли поэтому можно утверждать, что оно обеспечено и гарантировано на все 100 % даже на международном уровне, однако усилиями региональных судов по правам человека, по крайней мере, созданы предпосылки для его защиты.

1.3. Особенности доказывания событий прошлого в международных уголовных трибуналах[2]

Как известно, 15 января 2019 года МУС оправдал Л. Гбагбо и Ч. Бле Гуде в совершении преступлений против человечности на территории Кот-д'Ивуара в 2010-2011 годах. Суд не нашёл вины бывшего президента этой страны и его сподвижника главным образом потому, что Прокурор не предоставила достаточных доказательств ответственности подсудимых за политический конфликт, вспыхнувший в рамках президентских выборов 2010 года. В частности, по мнению судей Судебной палаты I, не были доказаны такие основные элементы преступлений, как существование «общего плана» сохранять власть Гбагбо, которое включает в себя совершение преступлений против гражданского населения «на основании или в интересах осуществления политики государства или организации». Более того, Канцелярия Прокурора не доказала существование форм насилия, которые могли бы свидетельствовать о наличии «политики нападения на гражданское население». Также не удалось доказать, что публичные речи Гбагбо и Бле Гуде должны быть квалифицированы как приказ, подстрекательство или побуждение совершить преступления против человечности[1].

Этот процесс был уникален не только тем, что впервые в истории МУС на скамье подсудимых оказался бывший глава государства, но ещё и тем, что обвинению противостоял профессиональный историк – Л. Гбагбо получил соответствующую степень в университете Дидро во Франции и несколько лет возглавлял Институт истории, искусства и африканской археологии при университете Абиджана. Поэтому неудивительно, что избранная им и его адвокатами тактика защиты была тесно связана с историей Африки и постоянно апеллировала к различным страницам последней, превратив тем самым судебное разбирательство в нескончаемую дискуссию о судьбах африканского народа. Как отмечается в литературе, «самовлюблённый и говоривший о себе в третьем лице, Гбагбо постоянно поучал Прокурора Ф. Бенсуду (гамбийку по происхождению. – *Прим. авт.*) и судей, словно читая им лекции по политической истории Западной Африки и Кот-д'Ивуара в частности»[2].

В подтверждение этого приведём такой фрагмент из его выступления на суде: «Госпожа председатель, ваша честь, помимо прочего, судебное разбирательство – это ещё и история дат, мест, событий и история одного человека – президента Гбагбо… В международном правосудии это история с большой буквы «И», как говорится. Фактически ситуация, потребовавшая вмешательства Суда, нуждается в учёте широкого исторического, социологи-

[1] https://hudoc.echr.coe.int/rus#{%22fulltext%22:[%22\%22CASE%20OF%20JANOWIEC%20AND%20OTHERS%20v.%20RUSSIA\%22%22],%22languageisocode%22:[%22UKR%22],%22appno%22:[%2255508/07%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-144745%22]}

[2] В основе параграфа – статья автора, опубликованная в журнале «Международное правосудие» (2019. № 3. С. 69-83).

[1] Подробнее об этом деле см.: URL: https://www.icc-cpi.int/cdi/gbagbo-goude

[2] *Bouwknegt T.* The international criminal trial record as historical source // Understanding the age of transitional justice: crimes, courts, commissions and chronicling / Ed. by *N. Adler*. N. Y.: Rutgers University Press, 2018. P. 119.

ческого и политического контекста, без которого дело не может быть полностью понято. Это ещё и история моей страны, региона и людей, которые испытывают мучения»[1]. Обвинение же постоянно стремилось избавиться от навязчивого историзма, сконцентрировавшись преимущественно на обстоятельствах постэлекторального насилия в 2010-2011 годах. Один из обвинителей, Э. Макдональд, высказался об исторических ретроспекциях в следующем ключе: «Я сейчас сообщу некоторые исторические сведения и раскрою контекст, приведший к постэлекторальному насилию. Однако контекст состоит не в пересказе истории Кот-д'Ивуара. Это не является целью процесса. Контекст должен соответствовать описанию выработки «общего плана» и, что более важно, демонстрировать с помощью доказательств намерения Гбагбо и Бле Гуде, а также знание того, как их прежние методы эволюционировали с течением лет. Это будет служить также наглядным подтверждением, *passé du future*, преемственности их действий»[2].

Как бы то ни было, подсудимые вышли из этой схватки победителями, а юридическое сообщество в очередной раз убедилось, что в международном уголовном процессе исход дела зависит исключительно от качества и убедительности добытых сторонами доказательств, а не от силы медийного шума, заранее назначившего виновных в случившемся в Кот-д'Ивуаре. Между тем анализ доказательственного материала, использованного в деле *Прокурор против Гбагбо и Бле Гуде*, как и во множестве иных, затрагивает целый ряд сложнейших проблем, связанных с относимостью и допустимостью доказательств, критериями их оценки сторонами и судебным составом, распределением бремени доказывания и некоторыми другими вопросами, традиционно лежащими за пределами интересов отечественной юридической науки.

Приходится констатировать, что если доказательства в международном гражданском процессе не раз становились объектом изучения таких видных учёных, как И. В. Гетьман-Павлова, И. Г. Медведев, Т. Н. Нешатаева, И. Г. Ренц, М. А. Филатова[3], то

[1] Ibid. P. 121.

[2] Ibid. P. 121, 122.

[3] См.: *Ренц И. Г.* Факты и доказательства в международных спорах: между

в отношении доказательств, которыми оперируют МУС и международные уголовные трибуналы *ad hoc*, наметился определённый вакуум, связанный, по всей видимостью, с большей привлекательностью арбитражно-цивилистических процедур как на материальном, так и, учитывая степень разработанности доктрины, чисто профессиональном уровне[1]. Последняя же известная нам работа, опубликованная на русском языке и относящаяся к теме доказательств в международном уголовном процессе, датируется 1948 годом[2]. Безусловно, сложившееся положение вещей нельзя признать приемлемым, особенно учитывая тот факт, что за рубежом данная проблематика является едва ли не доминирующей в общем массиве литературы, посвящённой проблемам международного уголовного правосудия. И не мудрено, ведь никакая судебная деятельность, тем более осуществляемая на международном уровне, немыслима без установления фактических обстоятельств, чему собственно и служит собирание и исследование доказательств.

Значимость этой темы проявляется, если можно так выразиться, даже на вербальном уровне. Любопытно, что юридические поговорки наподобие «всё дело - в доказательствах», «доказательства – кровь (как вариант – душа) судебного процесса» и т. п., широко распространённые в недрах англосаксонской правовой семьи, с успехом перекочевали в деятельность международных уголовных судов, чьи регламенты восприняли многие под-

истиной и справедливостью. М. : Статут, 2018; *Гетьман-Павлова И., Филатова М.* Получение и представление доказательств в международном гражданском процессе (отдельные теоретические и практические проблемы) // Международное правосудие. 2017. № 3. С. 96-109; *Медведев И. Г.* Доказательства в международном гражданском процессе // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2002-2003. № 2. СПб. : Издательский дом СПбГУ, 2004. С. 228-281.

[1] Определённое исключение в этом отношении составляют статья Е. А. Копыловой, увидевшая свет в журнале «Международное правосудие» (2016 год, № 2), а также несколько работ учёного-международника А. Б. Мезяева, затрагивающих, правда, исследуемую нами проблематику лишь косвенно. Наиболее яркая из них – *Мезяев А.* Процесс против С. Милошевича в Гаагском трибунале. Записки из зала суда. Кн. 1. Казань : Титул-Казань, 2005.

[2] *Розенблит С. Я.* Показания свидетелей и подсудимых в международном уголовном процессе. М. : Юриздат, 1948.

ходы англосаксонского процессуального права (формальную истину, «сделки о признании вины», концепцию «пассивного судьи» и т. д.). В этой связи представляется вполне правдоподобным утверждение М. Шарфа о том, что Устав МТБЮ был написан всего лишь пятью американскими юристами буквально за считанные недели[1], а Правила процедуры и доказывания принимались судьями под пристальным контролем их коллеги из США Г. Макдональд, приехавшей в Гаагу с уже готовым проектом Правил, разработанным влиятельнейшей Американской ассоциацией адвокатов (англ. *American Bar Association*)[2].

Естественно, в рамках настоящей монографии мы не в силах охватить всё многообразие проблем, вызванных к жизни процессом доказывания в органах международного уголовного правосудия. Да и вряд ли это возможно, учитывая тот факт, что на Западе доказательственное право (англ. *law of evidence*) рассматривается в качестве своеобразного «гиперинститута» международного уголовно-процессуального права, а иногда – даже как некая автономная отрасль последнего[3]. Поэтому остановимся лишь на тех тенденциях, которые в последние годы особенно ярко обозначились в практике международных уголовных трибуналов и которые, в то же время, ещё ждут своих исследователей и должной нормативной регламентации.

С. Я. Розенблит указывал, что доказательствами в международном уголовном процессе являются: 1) устные доказательства (англ. *oral evidence*), то есть показания свидетелей и подсудимых; 2) письменные доказательства (англ. *documentary evidence*), к которым автор относил письменные показания подсудимых и свидетелей, данные под присягой (так называемые аффидевиты), другие судебные дела и их материалы, доклады неправительственных ор-

[1] *Scharf M.* Balkan justice. Durham : Carolina Academic Press, 1997. P. 55.

[2] *Tochilovsky V.* The nature and evolution of the Rules of procedure and evidence // Principles of evidence in international criminal justice / ed. by *K. Khan, C. Buisman & C. Gosnell*. N. Y. : Oxford University Press, 2010. P. 157-184, 159.

[3] *Головко Л. В.* Материалы к построению сравнительного уголовно-процессуального права: источники, доказательства, предварительное производство // Труды юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова. Кн. 11. М. : Правоведение, 2009. С. 227-360, 259.

ганизаций (в те годы преимущественно «Красного Креста»), разведывательные донесения и даже дневники и письма частных лиц, если они имеют отношение к делу[1].

Между тем уже во времена Нюрнбергского и Токийского судебных процессов соответственно 1945-1946 и 1946-1948 годов, помимо перечисленных выше, широкое распространение получили вещественные доказательства (англ. *exhibit*), например, большое количество золотых коронок и зубов, вырванных у казнённых в лагерях смерти, образцы изделий из человеческой кожи, вырабатывавшиеся в тех же лагерях, образцы мыла из человеческого жира и т. д.[2] Но самое главное, что на обоих процессах фигурировали в качестве доказательств кинофильмы (англ. *visual evidence*).

Изначально это была дань, как вообще очень многое в международном правосудии, англосаксонской традиции. Так, по оценкам историков, впервые кинофильм в качестве судебного доказательства демонстрировался в США не ранее 1915 года. Использовались видеозаписи и позднее, в 1920-х годах. В частности, в деле *Гибсон против Ганна*, разрешённом по существу в 1923 году, признавалось, что демонстрация перед судом присяжных видеозаписи, на которой истец танцевал и пел комические куплеты, превратила судебное заседание в фарс, свидетельством чему стал необоснованный, по мнению апелляционного суда, вердикт, вынесенный присяжными заседателями[3]. Более того, широко известны уголовные дела, где видеозапись является фактически единственной имеющейся в распоряжении следствия уликой. Классический пример – 26-секундный любительский фильм А. Запрудера, случайно запечатлевший убийство 35-го президента США Дж. Ф. Кеннеди. Впрочем, на Нюрнбергском процессе и позднее, в ходе судебных разбирательств в МТБЮ, демонстрировались совсем другие фильмы.

Дело в том, что нацистские изверги, как справедливо отмечается в научной литературе, были помешаны на документировании

[1] *Розенблит С. Я.* Указ. соч. С. 9, 10.

[2] Там же. С. 10.

[3] *Douglas L.* Film as witness: screening *Nazi Concentration Camps* before the Nuremberg Tribunal // The Yale Law Journal. Vol. 105. 1995. No. 2. P. 449-481, 451.

собственных преступлений[1]. Видимо, им казалось, что они пишут новую историю Германии. Поэтому демонстрировать в судебном заседании более 55 тысяч документов, имевших отношение к военным преступлениям гитлеровцев, открещивавшихся от всяческих обвинений, значило неизбежно затянуть процесс, тем самым обманув ожидания мировой общественности и жертв Второй мировой войны[2]. Поэтому в целях оптимизации доказательственного материала главный обвинитель от США Р. Джексон, ранее поставивший своим людям задачу описать «невообразимые события заслуживающими доверия доказательствами» (англ. *incredible events by credible evidences*), решил прибегнуть к необычному приёму – показать участникам процесса и уже успевшей заскучать публике, представлявшей собой пёструю смесь журналистов и профессиональных разведчиков, часовой фильм в виде подборки наиболее жутких кадров, снятых союзниками при освобождении концентрационных лагерей.

Сохранились любопытные воспоминания судебного психиатра доктора Г. Гилберта о том, какова была реакция подсудимых на демонстрацию 30 ноября 1945 года данного фильма. Достаточно сказать, что бывшего рейхсминистра иностранных дел И. фон Риббентропа хватило лишь на первую треть, после чего тот просидел оставшееся время с закрытыми глазами[3]. Тем самым продемонстрированные кадры оказали фрустрирующее воздействие на подсудимых и даже на некоторое время парализовали работу их защитников, не ожидавших такого развития событий. По свидетельству полковника юстиции С. Я. Розенблита, бывшего одним из участников советской фазы обвинения, демонстрация этого фильма вкупе с другими доказательствами особенно больно ударила по позиции Э. Кальтенбруннера, бывшего руководителя Главного

[1] *Combs N. A.* Fact-finding without facts. N. Y. : Cambridge University Press, 2010. P. 11.

[2] К сожалению, этот риск в полной мере не осознавался в МТБЮ. Как отмечает А. Н. Антонов, первое обвинительное заключение в отношении лидера боснийских сербов Р. Караджича было направлено в суд 25 июля 1995 года, а арестован он был лишь 21 июля 2008 года. (См.: *Григорьев В. Н., Антонов А. Н.* Указ. соч. С. 12).

[3] *Гилберт Г.* Нюрнбергский дневник. М. : Вече, 2012. С. 38, 39.

управления имперской безопасности (РСХА), в чьём ведении и находились концлагеря[1].

Но ещё более удивительным выглядит тот факт, что не только документальные, но и художественные фильмы, разумеется, уже не претендующие на статус судебных доказательств, могут внести свою лепту в восстановление справедливости. В литературе приводится красноречивый пример, как аргентинские фильмы «Официальная версия» и «Ночь карандашей», увидевшие свет во второй половине 1980-х и повествующие об ужасах правления военной хунты в период 1976-1983 годов, стали в известной степени играть роль некоего документа, моделирующего коллективную память. Коль скоро происходившее в аргентинских тайных тюрьмах, в отличие от нацистских концлагерей, практически не документировалось, а то, что документировалось, было по большей части уничтожено, оба фильма заместили в сознании зрителей отсутствующий «видеоряд» целого куска прошлого[2]. Аналогичным образом заставил задуматься миллионы немцев транслировавшийся в ФРГ в 1978 году американский мини-сериал «Холокост», вновь в полный рост обозначивший проблему коллективной вины немецкого народа за случившееся в 30-40-е годы XX столетия.

Повторимся, эти произведения массовой культуры не претендовали и не могли *stricto jure* претендовать на роль судебных доказательств. Однако все они, будучи формой «проработки прошлого», вкупе с другими элементами переходного правосудия (национальным и/или международным уголовным правосудием, люстрационными процедурами, реституцией собственности, некогда конфискованной у жертв военных преступлений) содействовали восполнению «лакуны безнаказанности» и, как следствие, существенным образом меняли в общественном сознании оценку произошедшего в ходе того или иного конфликта. В свою очередь, более лояльный к преследованию военных преступников психологический климат становился важным фактором, заметно влиявшим на готовность национальных властей сотрудничать с органами международного уголовного правосудия либо преследовать

[1] *Розенблит С. Я.* Указ. соч. С. 11.

[2] *Baer A., Sznaider N.* Memory and forgetting in the post-Holocaust era. N. Y. : Routledge, 2017. P. 37.

военных преступников своими силами, не опасаясь народного гнева.

Юридическая сила кино- и фотоматериалов в международном уголовном процессе зиждется на подходе, получившем название «аутентичного свидетеля» (англ. *authenticating witness*). Иными словами, соответствующий материал признаётся допустимым только в том случае, если на суде присутствует человек, который сделал соответствующие фотоснимки либо записал видеоряд (или, по крайней мере, данные материалы подтверждены свидетельскими показаниями). После того, как он, подобно любому другому свидетелю обвинения или защиты, будет подвергнут прямому, а затем и перекрестному допросам, указанные материалы, наряду с другими доказательствами, будут оценены судебным составом по внутреннему убеждению[1]. Такой подход объясняется тем, что процесс англо-американского типа, как подчёркивал С. Я. Розенблит, отдаёт показаниям свидетелей предпочтение перед всеми другими видами доказательств, мотивируя это тем, что правдивость свидетелей может быть проверена сторонами в присутствии суда[2]. Тем не менее в некоторых национальных юрисдикциях, например ряде штатов США, подобного рода доказательства признаются недопустимыми на том основании, что их «шокирующее воздействие» может губительно сказаться на непредвзятости присяжных заседателей[3].

Справедливости ради отметим, что воспитательная роль и доказательственное значение подобного рода материалов высоко ценятся и в наши дни. Достаточно сказать, что одним из факторов, «подстегнувших» создание в 1993 году МТБЮ, стали без преувеличения облетевшие весь мир фотографии репортёра журнала «Newsweek» Р. Хавива, сделанные им в лагерях для интернированных годом ранее[4]. И хотя вначале эти фотографии не были сочтены допустимыми[5], тем не менее их психологический эффект для

[1] *Douglas L.* Op. cit. P. 466.

[2] *Розенблит С. Я.* Указ. соч. С. 13.

[3] *Douglas L.* Op. cit. P. 467.

[4] *Hazan P.* Justice in a time of war. Texas : A&M University Press, 2004. P. 12.

[5] *Tochilovsky V.* The law and jurisprudence of the international criminal tribunals and courts. Cambridge : Intersentia, 2014. P. 808.

мировых элит, принимавших решение о создании Трибунала, был неоспорим. Впоследствии многие фотографии Р. Хавива, включая знаменитые кадры зачистки «Тиграми Аркана» боснийской Биелины, уже в качестве признанных относимыми и допустимыми доказательств, фигурировали в материалах обвинения по делу *Прокурор против Желько Ражнатовича*, а также демонстрировались на процессах С. Милошевича и Р. Караджича[1].

Хотя Югославская война 1991-1995 годов до недавнего времени считалась самой задокументированной за всю историю человечества (сейчас эту горькую «пальму первенства» у нее переняла война в Сирии, о которой мы поговорим ниже), тем не менее доказательственное право за 25 лет функционирования МТБЮ сталкивалось с не меньшими вызовами, чем трибуналы, созданные после окончания Второй мировой войны. Во многом они были даже большими, принимая во внимание, во-первых, то обстоятельство, что сотрудники Трибунала зачастую не имели доступа ни то что в определённые районы, а в целые страны, в отличие от своих предшественников, безраздельно владевших всей документацией, какая только была в поверженном Берлине или капитулировавшем Токио, а во-вторых, МТБЮ занимался не только высшими должностными лицами, «крупной рыбой», как любили говорить американские юристы, но и множеством рядовых исполнителей (англ. *perpetrators*), особенно на ранних этапах своей деятельности. Это одновременно облегчало, и усложняло задачу: облегчало потому, что уличить рядового исполнителя всегда легче, чем командующего или главу государства, а усложняло, поскольку за огромным количеством обвиняемых (в общей сложности через МТБЮ прошёл 161 человек и ещё несколько десятков дел были переданы на местный уровень) терялись нити, связывавшие, по образному выражению Ф. Хартманн, «правительственные кабинеты с полями смерти»[2].

Кроме того, как метко подметил крупнейший исследователь темы П. Мэрфи, участникам разбирательств, и в первую очередь

[1] Подробнее см.: *Petrovic V.* Power(lessness) of atrocity images: Bijeljina photos between perpetration and prosecution of war crimes in the former Yugoslavia // International journal of transitional justice. 2015. No. 9. P. 367-385.

[2] *Хартманн Ф.* Мир и наказание: Тайные войны международной политики и правосудия / Вступ. ст. и науч. ред. *А. П. Евсеева*. Х. : Юрайт, 2018. С. 83.

Прокуратуре Трибунала, необходимо было добыть доказательства «в стране, распавшейся на несколько частей; опросить свидетелей, часть из которых погибла, а часть – была непоправимо травмирована; добыть доказательства в условиях, когда множество релевантных документов было уничтожено или сознательно утаивалось национальными властями, не желавшими сотрудничать с Трибуналом, и, наконец, нередко после того, как с момента совершения преступлений проходило не меньше десятилетия»[1].

Наверное, во многом по этим причинам правила доказывания в международных и интернационализированных (ещё именуемых «гибридными») уголовных трибуналах гораздо гибче, чем, скажем, в национальных судах. Впервые эта традиция зародилась в Нюрнберге, где Устав МВТ чётко провозгласил, что вопрос о допустимости доказательств решается в каждом конкретном случае: «Трибунал не должен быть связан формальностями в использовании доказательств. Он устанавливает и применяет возможно более быструю и не осложнённую формальностями процедуру и допускает любые доказательства, которые, по его мнению, имеют доказательную силу» (статья 19). Да и сейчас, если мы откроем устав или «правила процедуры» любого другого трибунала, то увидим аналогичную картину.

Так, Римский статут МУС устанавливает, что «стороны могут представлять доказательства, относящиеся к делу, в соответствии со статьёй 64. Суд правомочен требовать представления всех доказательств, которые он считает необходимыми для установления истины. Суд может в соответствии с Правилами процедуры и доказывания вынести решение об относимости или допустимости любых доказательств, принимая при этом во внимание, наряду с прочим, их силу, а также вред, который такие доказательства могут причинить проведению справедливого судебного разбирательства или справедливой оценке показаний свидетеля» (статья 69). В свою очередь, в Правилах процедуры и доказывания Суда сказано, что «Палата в соответствии с дискреционными полномочиями… правомочна беспрепятственно оценивать все представленные доказательства, чтобы определить их относимость или

[1] *Murphy P., Baddour L.* International criminal law and common law rules of evidence // Principles of evidence in international criminal justice. P. 96-156, 153.

допустимость согласно статье 69» (правило 63). В Правилах процедуры МТБЮ содержалось положение, согласно которому Палата могла принять любое релевантное доказательство, которое она сочла имеющим доказательственную силу. Эквивалентное положение без труда можно найти в Правилах процедуры МТР и гибридного суда по Сьерра-Леоне. Также судебным палатам в обоих трибуналах предоставлялось право исключать из перечня доказательств любое, если они сочли его несовместимым с требованиями справедливого разбирательства.

Приведённые примеры демонстрируют такой процессуальный метод постулирования доказательств, как доказывание через запрет. Иными словами, в доказывании разрешено всё, что прямо не запрещено. Закономерным результатом такого подхода выглядят Правила процедуры «гибридного» суда по Камбодже. В частности, чрезвычайные палаты в судах этой страны, созданные для расследования преступлений «красных кхмеров», исходят из того, что «любое доказательство является допустимым, за исключением тех, которые обозначены в настоящих международных правилах» (правило 87). В числе последних – не относимые к делу или повторяющиеся, те, которые невозможно получить в разумные сроки, непредназначенные для доказывания тех фактов, которые они призваны подтвердить, способствующие чрезмерному затягиванию процесса и т. д.

Поэтому нет ничего удивительного в том, что судьи, рассматривавшие дело бывшего президента Сербии С. Милошевича, благосклонно отнеслись к демонстрации 1 июня 2005 года одной документальной плёнки, вызвавшей настоящий фурор в зале заседаний и не меньший - за его пределами.

В тот день обвинитель Дж. Найс проводил перекрёстный допрос свидетеля защиты – сербского генерала полиции О. Стевановича, занимавшего во время войны пост заместителя министра внутренних дел сербско-черногорской федерации. Тот утверждал, что парамилитарные военизированные формирования, наподобие «Тигров Аркана», если и совершали преступления, то делали это в отрыве от государственной машины, исключительно по собственной инициативе, и никакая официальная структура, включая МВД, не имела к ним ни малейшего отношения. В самый разгар допроса

Дж. Найс неожиданно произнёс: «Я собираюсь показать вам одну «нарезку» из кинохроники. Видео длится почти два часа, но я продемонстрирую всего несколько минут, чтобы дать некий контекст. Буквально несколько клипов… Они не претендуют на то, чтобы стать вещественными доказательствами. Считайте это своеобразным введением в курс дела»[1].

После этого на экране возникли священник сербской православной церкви, благословляющий бойцов отряда «Скорпионы», дорога Пале-Сребреница, на которой упомянутые бойцы демонстративно расстреливали несколько боснийских мусульман, наконец, сам С. Милошевич, приехавший с визитом в упомянутое подразделение, бойцы которого обращались к нему «наш Верховный Главнокомандующий». После демонстрации плёнки Дж. Найс попросил О. Стевановича прокомментировать увиденное, на что свидетель ответил, что он «расстроен и ему нечего сказать»[2]. Председательствующий судья П. Робинсон сразу поинтересовался у О. Стевановича, согласен ли он с тезисом обвинения о том, что именно «Скорпионы» под кинокамеру, демонстративно расстреливали на заблокированной ими дороге беженцев из Сребреницы ? На этот вопрос генерал полиции, не желая ослаблять позицию защиты, ответил уклончиво[3].

Вместе с тем резонанс от содеянного в Гааге, на Балканах был даже сильнее, чем в зале заседаний. Спустя несколько часов эти кадры показали по всем сербским телеканалам, а тогдашний президент Сербии В. Коштуница признался, что после увиденного долго не мог уснуть. В ту же ночь были арестованы четверо бывших бойцов этого подразделения, которых удалось идентифицировать благодаря киноплёнке. Фактически это видео положило конец «завесе молчания», сложившейся в Сербии после войны, и послужило едва ли не узловым моментом, зародившим сомнения у миллионов людей в правомерности средств, которые использовались в благородной в общем-то задаче сохранения территориальной целостности Югославии. Напоследок отметим, что со временем защита С. Милошевича научилась мастерски использовать видеодоказательства, передав суду не менее 50 видеоматериалов, на которые обвинение откликнулось 117 видеозаписями[1].

[1] Цит. по: *Petrovic V.* A crack in the wall of denial: the *Scorpions* video in and out of the courtroom // Narratives of justice in and out of the courtroom / ed. by *D. Zarkov, M. Glasius*. The Hague : Springer International Publishing, 2014. P. 94.

[2] Ibid. P. 95.

[3] Ibid.

Новейшей тенденцией, которую не может игнорировать сегодня международное уголовное правосудие, является лавинообразный рост количества видеоматериалов, не размещённых, как раньше, на конкретном материальном носителе, а оцифрованных и выложенных в сети интернет. Иными словами, речь идёт о появлении ещё одного вида доказательств – электронных (англ. *digital evidence*). Так, в начале 2019 года шведский суд, исходя из принципа универсальной юрисдикции, приговорил за совершение международных преступлений исламиста из Ирака Б. Саида-Саида к 15 месяцам тюремного заключения на основании, главным образом, фото- и видеоматериалов, сделанных в 2015 году и размещённых на его персональной странице в социальной сети «Facebook»[2]. Любопытно, что в той же Швеции учреждена специальная Комиссия по военным преступлениям, куда входят 13 следователей и 2 аналитика, занимающиеся сбором релевантной информации в сети интернет о совершённых в Сирии военных преступлениях и лицах, в них замешанных[3].

Да и что говорить о национальных судах, если в МУС уже создан специальный «кибер-отдел» (англ. *Cyber Unit*), основной функцией которого является идентификация людей, фигурирующих в выложенных во «всемирной паутине» записях безрассудных казней, пыток и прочих преступлений, совершаемых в зоне того или иного вооружённого конфликта. Как следствие, в ордере на арест, выданном МУС 15 августа 2017 года в отношении гражданина Ливии М. Аль-Верфалли, приведены семь эпизодов преступной деятельности последнего, взятые опять-таки с его персональной страницы в «Facebook» и других электронных ресурсов[4]. По той

[1] *Petrovic V.* Power(lessness) of atrocity images: Bijeljina photos between perpetration and prosecution of war crimes in the former Yugoslavia. P. 378.

[2] URL: https://www.apnews.com/4ce91121399e467d86d4a5af325cac80

[3] URL: https://www.hrw.org/report/2017/10/03/these-are-crimes-we-are-fleeing/justice-syria-swedish-and-german-courts

[4] URL: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2017_05031.PDF

же причине одним из основных направлений деятельности нового «Международного беспристрастного и независимого механизма по Сирии», учреждённого Генеральной Ассамблеей ООН в конце 2016 года, стал постоянный мониторинг электронных ресурсов на предмет идентификации лиц, фигурирующих в видеоматериалах, связанных с применением насилия по отношению к военнопленным и мирному населению на территории Сирийской Арабской Республики[1]. На таком фоне едва ли не раритетными выглядят обнародованные в 2013 году 50 тысяч фотографий из секретных тюрем, переданные прессе бывшим сотрудником сирийской службы безопасности под псевдонимом «Цезарь».

Разумеется, все эти материалы будут оцениваться судом в совокупности с другими доказательствами. Скорее всего, будет предпринята попытка выяснить, кем и при каких обстоятельствах были сделаны соответствующие записи. Не исключено также, что в ходе процесса одна из сторон попытается объявить их сфальсифицированными (англ. *fake evidence*), что уже имело место в ходе разбирательств межгосударственных жалоб Грузии против России в ЕСПЧ. Но как бы то ни было, электронные доказательства всё увереннее входят в орбиту международного уголовного правосудия. Игнорировать это нельзя.

Более того, ещё в 2003 году в Правила процедуры МТБЮ и МТР была внесена поправка, предусматривавшая возможность раскрытия Прокурором доказательств в электронной форме, хотя до этого оно осуществлялось исключительно в виде бумажных копий. Впрочем, данное процессуальное действие с тех пор уже успело «обрасти» рядом оговорок и ощутимых ограничений. Так, в деле М. Лукича Судебная палата МТБЮ подчеркнула, что простого размещения свидетельских показаний в «Электронной программе раскрытия доказательств» (англ. *Electronic Disclosure Suite*) недостаточно для того, чтобы обвинение считалось выполнившим свои позитивные обязательства. Позднее эта позиция была развита в деле Р. Караджича, в котором Трибунал не обнаружил каких-либо процессуальных нарушений со стороны обвинения, не только

[1] Подробнее см.: *Евсеев А. П.* Возможные пути осуществления международного правосудия для Сирии // Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна. Серія «Право». 2018. Випуск 25. С. 134-140.

разместившего новые доказательства в электронной программе, но также оперативно проинформировавшего защиту об их размещении в специальной папке-файле отдельно от общей коллекции собранных доказательств[1].

Не будет преувеличением сказать, что качество расследования, осуществляемого Прокурором МУС, во многом определяется его объективностью, а та, в свою очередь, - детерминируется теми доказательствами, которые будут собраны. В литературе правильно отмечается, что если Прокурор будет предвзят, если он будет черпать доказательственную информацию из одного лишь источника (например, от официальных властей государства), то такое положение дел неминуемо скажется на объективности расследования и неизбежно приведёт к ощутимому перекосу в пользу одной из сторон конфликта, разбираемого Судом[2]. Неслучайно поэтому в статье 15 Римского статута МУС закреплено положение, согласно которому Прокурор может запрашивать дополнительную информацию у государств, органов ООН, межправительственных или неправительственных организаций или из иных надёжных источников, которые он или она сочтёт подходящими, и может получать письменные или устные свидетельства в месте пребывания Суда.

В принципе в МУС возможны две ситуации, откладывающие различный отпечаток на скорость сбора и оценивания доказательств: 1) когда имеет место вооружённый конфликт между государством и его «внесистемными» акторами и 2) когда имеет место вооружённый конфликт между государствами. В первом случае Прокурору бывает достаточно нескольких месяцев для сбора первичных доказательств и обращения с ними в Палату предварительного производства. Так, изучение ситуации в Конго заняло всего 2 месяца, Кот-д'Ивуаре – 5 месяцев, Уганде и Мали – полгода. Между тем на предварительное изучение ситуации в Грузии Прокурору понадобилось восемь лет, Афганистане – десять лет, ситуация в Ираке находится на рассмотрении с 2014 года, а в Палестине – с 2015 года[3].

[1] *Tochilovsky V.* Op. cit. P. 221, 222.

[2] *Tochilovsky V.* Objectivity of the ICC preliminary examinations // Quality control in preliminary examination / ed. by *M. Bergsmo* and *C. Stahn*. Vol. 2. Brussel : Torkel, 2018. P. 395-410, 395.

[3] Ibid. P. 396.

Согласно части 7 статьи 61 Римского статута Палата предварительного производства на основе слушания определяет, имеются ли достаточные доказательства для установления существенных оснований полагать (англ. *substantial grounds to believe*), что данное лицо совершило каждое из преступлений, в которых оно обвиняется. При этом указанная Палата вправе как утвердить обвинения с последующей их передачей в ту или иную Судебную палату для рассмотрения по существу, так и не утвердить выдвинутые обвинения, что, скажем, неоднократно имело место в период нахождения на посту Прокурора МУС юриста из Аргентины Л. Морено Окампо. При этом в соответствии с наработанными прецедентами Прокурор должен предоставить Палате «конкретные и осязаемые доказательства, демонстрирующие чёткую линию рассуждений, лежащих в основе соответствующих утверждений»[1].

Таким образом, МУС имеет дело, как минимум, с тремя стандартами доказывания. Указанный стандарт «существенные основания полагать» используется при выдвижении обвинений Прокурором и рассмотрении дела Палатой предварительного производства, меньший стандарт «разумные основания полагать» - при выдаче ордера на арест или приказа о явке (статья 58 Римского статута) и, наконец, к самому высокому стандарту – «вне разумных сомнений» - МУС переходит при разбирательстве дела и решении вопроса о виновности подсудимого.

За годы своей работы МУС выработал определённые требования к предъявляемым сторонами доказательствам. Вот некоторые из них:

- для Палаты предварительного производства важно иметь как можно больше судебных (англ. *forensic*) и иных доказательств. Такие доказательства должны быть надлежащим образом удостоверены и быть чётко и неразрывно связаны друг с другом;

- если имеют место свидетельские показания, то это должны быть, по возможности, показания из первых рук, данные свидетелями о том, что они наблюдали лично;

[1] *Tochilovsky V.* The law and jurisprudence of the international criminal tribunals and courts. P. 48.

- хотя МУС прямо не отвергает показания с «чужих слов» (англ. *hearsay*), тем не менее они будут иметь меньшую доказательственную силу;

- показания с «чужих слов» менее ценны ещё и потому, что сторонам бывает крайне сложно проверить добросовестность их первоначального источника;

- анонимные показания, нередко служащие основной базой для докладов неправительственных организаций и сообщений прессы, представляются Суду крайне сомнительными с точки зрения их юридической силы[1].

Несложно заметить, что как и в 1945 году на Нюрнбергском процессе, приоритет в международном уголовном процессе по-прежнему отдаётся устным свидетельствам, на которых хотелось бы остановиться подробнее.

Учёными подсчитано, что за всё время существования МТБЮ в его работе в качестве свидетелей приняли участие около 4650 человек[2]. Традиционно свидетель представал перед Трибуналом раз в своей жизни, однако бывали случаи, когда одни и те же свидетели приглашались сторонами в разные процессы (таких было не менее трети). За год до прекращения деятельности МТБЮ отдел по работе с жертвами и свидетелями (англ. *Victims and Witnesses Section*) провёл уникальное исследование под названием «Эхо свидетельских показаний»[3], опросив 2136 человек из тех, кто когда-либо представал перед Трибуналом. Помимо анализа личных данных респондентов, исследователей интересовало также то, как спустя годы они оценивают свой опыт, полученный в стенах Гаагского трибунала, какие психологические травмы они пережили до, во время или после судебного процесса, наконец, какой была их мотивация в тот момент, когда они решили выступить в непривычном для себя качестве свидетелей обвинения или защиты. Годом позже увидела свет книга американских учёных К. Кинга и Дж. Мерника «Свидетельский опыт: показания в МТБЮ и их

[1] Ibid. P. 50, 51.

[2] URL: http://www.icty.org/x/file/About/Registry/Witnesses/Echoes-Full-Report_EN.pdf

[3] Ibid.

влияние»[1], вобравшая в себя результаты упомянутого исследования. Что же удалось выяснить ?

Подавляющее большинство свидетелей (более 60 %) были жителями Боснии и Герцеговины, из них мусульманами признали себя более 90 %, 15,60 % - жителями Хорватии, 14,20 % - Сербии и только 8,30 % - автономного края Косово[2]. Больше всего свидетелей было задействовано на процессах в отношении руководителей государства (*Прокурор против Слободана Милошевича*, *Прокурор против Милана Милутиновича*) или представителей высшего командования (*Прокурор против Ядранко Прлича и других*) – в среднем такие разбирательства требовали от 240 до 350 свидетельских показаний. В отличие от процессов, проводимых в первые годы существования МТБЮ, которые обходились примерно 40-70 свидетелями, но и на скамье подсудимых находились фигуры рангом пониже[3].

Очевидно, что подобного рода «массовость» была обусловлена отнюдь не праздным любопытством судей, а проистекала непосредственно из доминантно-правовой задачи выявления всех звеньев в цепи командования (англ. *chain of command*) и, как следствие, установления правильной ответственности подсудимых за содеянное, без чего судебное разбирательство было бы неполным, а приговор базировался бы на зыбких посылках. Однако чем дальше находились подсудимые от «полей смерти», тем сложнее было выявить корреляцию между замыслами политиков с одной стороны, и практическим исполнением этих замыслов солдатами – с другой. Особенно ярко это проявилось в деле С. Милошевича, который избегал отдавать прямые приказы[4]. «За отсутствием прямых свидетельств о наличии плана массового убийства людей, - говорил помощник Прокурора Г. Блуитт, - нам приходится полагаться на косвенные доказательства. Поэтому нам важно доказать одинаковость схемы исполнения убийств. Нам необходимо

[1] *King K. L., Meernik J. D.* The witness experience: testimony at the ICTY and its impact. N. Y. : Cambridge University Press, 2017.

[2] URL: http://www.icty.org/x/file/About/Registry/Witnesses/Echoes-Full-Report_EN.pdf

[3] Ibid.

[4] Подробнее об этом см.: *Хартманн Ф.* Указ. соч. С. 73-156.

продемонстрировать, что тактика, использованная югославскими войсками, скажем, в деревне А, полностью аналогична тактике, применённой в деревне В…»[1]

Особенно трудно, как мы отметили выше, установить командную ответственность – соблюдая стандарты доказывания, принятые в Трибунале, обвинению необходимо было собрать достаточные доказательства того, что политические лидеры либо отдавали приказы о проведении таких операций, либо, зная о совершении этих преступлений, не предпринимали никаких мер для их предотвращения. И вот здесь даёт о себе знать один существенный момент, которому в науке уделяется незаслуженно мало внимания. Речь идёт о необходимости при обвинении лиц высокого ранга искать свидетелей-«инсайдеров», то есть равных или, по крайней мере, сопоставимых с ними по статусу должностных лиц, которые были бы готовы дать уличающие показания. В своё время таким свидетелем стал первый президент Республики Сербская Краина (автономии сербов в Хорватии) М. Бабич, заключивший с Прокуратурой МТБЮ «сделку о признании вины» и рассказавший немало ценного о деятельности С. Милошевича и своего преемника на президентском посту М. Мартича по разжиганию атмосферы национальной нетерпимости между сербами и хорватами. Однако очевидно, что поиск таких людей представляет большую сложность для обвинения и чреват многочисленными рисками, прежде всего для самих свидетелей, подтверждением чему явилась трагическая судьба М. Бабича, наложившего на себя руки в тюремной камере.

Учёным удалось также выявить весьма высокую психологическую готовность свидетелей давать показания перед международным трибуналом. Ранее, в 2014 году, исследователи, изучавшие устные доказательства в деятельности Специального суда по Сьерра-Леоне, пришли к выводу, что в основном мотивация свидетелей вызвана двумя причинами: 1) «свидетельствую, чтобы помочь себе»; 2) «свидетельствую, чтобы помочь другим». Выделялись

[1] Цит. по: *Стовер Э., Шигекане Р.* Лица, пропавшие без вести в результате войны: когда сталкиваются интересы семей жертв войны и международных трибуналов по расследованию военных преступлений ? // Международный журнал Красного Креста. 2002. № 848. С. 141-165, 156.

также такие маркеры в мотивации, как стремление пролить свет на истину, воспрепятствовать совершению военных преступлений в будущем, уважить память жертв и другие благородные помыслы[1]. В не меньшей степени сказанное справедливо и для МТБЮ.

Так, стремление помочь судьям принять справедливое решение в качестве основного побудительного мотива для дачи показаний назвали 97,7 % опрошенных респондентов, чуть меньше – 95,3 % в качестве превалирующего фактора обозначили моральный долг перед жертвами, 81,3 % - неожиданно высокий процент ! – просто хотели «выговориться», 80 % тем самым хотели предотвратить похожую войну в будущем, 58,3 % - разобраться в причинах произошедшего в Югославии и лишь менее 50 % хотели непосредственно обвинить подсудимого[2].

Это особенно странно, если учесть, что территориальные образования наподобие Косово, Руанды, Сьерра-Леоне представляют собой «большую деревню» (англ. *close-knit*), где, при всех мерах предосторожности, об отъезде человека за границу для дачи свидетельских показаний мгновенно узнавала вся округа[3]. В результате по меньшей мере трое свидетелей обвинения по делу одного из лидеров косовских албанцев Р. Харадиная были убиты во время судебного следствия, а в общей сложности после 1999 года в Косово погибли около 40 албанских свидетелей преступлений, совершённых «Армией освобождения Косово»[4]. Необходимо также учитывать, что люди, уже выступавшие перед международным трибуналом, могли повторно привлекаться к даче свидетельских показаний перед национальным судом, что, в свою очередь, существенным образом умаляло или вовсе сводило на нет желаемую конфиденциальность[1].

[1] *Stepakoff S.* and others. Who testify ? Witnesses' motivations for giving evidence in a war crimes tribunal in Sierre Leone // The international journal of transitional justice. Vol. 8. 2014. Issue 3. P. 426-451, 431.

[2] URL: http://www.icty.org/x/file/About/Registry/Witnesses/Echoes-Full-Report_EN.pdf

[3] *Stover E.* Witnesses and the promise of justice in the Hague // My neighbor, my enemy: justice and community in the aftermath of mass atrocity / ed. by *E. Stover & H. M. Weinstein*. N. Y. : Cambridge University Press, 2004. P. 104-120, 104.

[4] Подробнее см.: *Brouwer de A.-M.* The problem of witness interference before international criminal tribunals // International criminal law review. 2015. No. 15. P. 700-732, 716, 717.

Кроме того, не стоит забывать, что помимо высоких побудительных мотивов, существуют строгие требования судебной процессуальной формы и состязательного процесса, налагающие на свидетелей как процессуальных фигур определённые обязательства, далеко не всегда корреспондирующие их первоначальным замыслам, а подчас – открыто искажающие их. Напомним, что процесс в МТБЮ, построенный преимущественно по традиционным англосаксонским лекалам, не знал нейтральных фигур «свидетелей» - все они относились либо к свидетелям обвинения, либо защиты. Поэтому их показания чаще всего были абсолютно предсказуемы, заранее проговаривались со сторонами (англ. *'proofing' witnesses*) и в подавляющем большинстве случаев нейтрализовали друг друга. Следовательно, искусство представителей сторон заключалось в том, чтобы во время перекрёстного допроса максимально запутать, умалить значение либо посеять сомнения в правдивости и достоверности показаний свидетеля противоположной стороны. Иногда это удавалось сделать даже самим подсудимым, прежде всего В. Шешелю и С. Милошевичу, отказавшимся от услуг защитника, но имевшим высшее юридическое образование и представлявшим собою хорошо известный на Балканах тип «политика-манипулятора».

Если обратиться к опубликованным стенограммам судебных заседаний, то перед психологическим напором этих двух подсудимых, особенно последнего из них, чаще всего терялись люди, либо некогда находившиеся в прямой служебной зависимости от них и по инерции продолжавшие воспринимать их в качестве своих начальников, либо занимавшие на социальной лестнице несоизмеримо низшее положение, чем подсудимые (условно говоря, простая крестьянка свидетельствует против бывшего главы государства). Так, произошло, например, с главой службы безопасности МВД Сербии Р. Марковичем, который на процессе изменил свою позицию на диаметрально противоположную, фактически превратившись из свидетеля обвинения в свидетеля защиты[2]. Свидетели

[1] *Combs N. A.* Op. cit. P. 17.

[2] *Мезяев А.* Указ. соч. С. 134-139.

попроще, увидев С. Милошевича на скамье подсудимых, вовсе отказывались давать показания[1].

Аналогичная ситуация произошла в МУС со свидетелем обвинения в деле Л. Гбагбо и Ч. Бле Гуде Сэмом Джичи, известном под прозвищем «Африканский Сэм». Вместо того, чтобы давать как «инсайдер» изобличающие показания, увидев подсудимых, он изменил свою тактику на диаметрально противоположную и начал безудержно превозносить Л. Гбагбо. «Он профессор, - говорил С. Джичи, - он знает историю Африки. Он знает всемирную историю. И он был тем, кто был в силах защитить африканский суверенитет, причём не только в Кот-д'Ивуаре, он защищал африканцев всюду… Он был великим главой государства»[2]. Наконец, сравнив Л. Гбагбо с Христом и апостолом Варнавой, под недоумённые возгласы аудитории свидетель вернулся на своё место.

Если попытаться суммировать некие общие проблемные моменты, характерные для процесса доказывания без привязки к конкретным судебным процессам и даже юрисдикционным органам, то, думается, этот перечень выглядел бы следующим образом:

1. Значительный временной разрыв между совершёнными преступлениями и моментом дачи показаний перед международным судом.

Психолог С. Хэлперн однажды провела любопытный эксперимент. Она попросила своих коллег по Кембриджскому психологическому обществу, в котором все, как один, всемирно известные учёные-психологи, рассказать, что происходило на заседании общества двумя неделями ранее. В среднем каждый из опрошенных смог вспомнить не более 8 % информации[3]. Что тогда говорить о тех событиях, которые состоялись 10-15 лет назад ?

Так, на самом первом процессе в МТБЮ против Д. Тадича, завершённом в 1997 году, давалась юридическая оценка событиям, произошедшим пятью годами ранее, в 1992 году, что вызывало,

[1] *Харманн Ф.* Указ.соч. С. 139.

[2] *Bouwknegt T.* Op. cit. P. 123.

[3] *Zahar A.* Witness memory and the manufacture of evidence at the international criminal tribunals // Future perspectives on international criminal justice / ed. by *C. Stahn & L. van den Herik*. Cambridge : Cambridge University Press / TMC Asser Press, 2010. P. 600-610, 604.

несомненно, определённые трудности в судебном познании, на которых стремились сыграть и защита, и обвинение[1]. Аналогичные события, произошедшие на территории Боснии в 1992-1995 годах, инкриминировались бывшему президенту Республики Сербской Р. Караджичу, осуждённому в 2019 году Международным остаточным механизмом для уголовного правосудия, однако окончательный приговор в его отношении был вынесен спустя 25 лет с момента анализировавшихся в нём событий. Гибридный же суд по Камбодже, начавший свою работу в 2006 году, вовсе был вынужден осуждать военных преступников за случившееся в 1975-1979 годах, что не преминуло сказаться на крайне низких показателях его работы (на сегодняшний день в нём осуждены лишь трое обвиняемых)[2]. Ведь за прошедшие десятилетия не только умерли или постарели свидетели, утрачены многие вещественные доказательства и документы, но и сами события благодаря ежедневному информационному потоку трансформировались настолько, что в сознании людей уже крайне сложно отделить их личные воспоминания об увиденном и некий общественный нарратив, который агрессивно навязывается тому или иному постконфликтному обществу с помощью СМИ.

Легендарный харьковский процессуалист М.М. Гродзинский, которому мы обязаны появлению в процессуальных кодексах нормы о раздельном допросе свидетелей, ещё в 1920-е годы предостерегал, что со стороны свидетеля возможна не только сознательная ложь, но также и непроизвольное искажение истины[3]. Сказанное вдвойне и втройне справедливо для международного правосудия. В самом деле, можем ли мы ожидать от свидетеля фотографической точности в описании произошедшего, если с момента устанавливаемых фактических обстоятельств прошёл ни один десяток лет ?

Вслед за немецкими психиатрами учёный установил феномен «единообразия психических явлений», согласно которому «если

[1] *Scharf M.* Op. cit. P. 139-173.

[2] URL: https://www.nytimes.com/2017/04/10/world/asia/cambodia-khmer-rouge-united-nations-tribunal.html

[3] *Гродзинский М.* Единообразие ошибок в свидетельских показаниях // Архив криминологии и судебной медицины. 1927. Том I. № 4/5. Выпуск 3. Стлб. 1005-1018, 1005.

под влиянием определённых факторов различные лица обнаруживают одни и те же уклоны в своей психике, и если уклоны эти в известных условиях приводят к неправильному изображению действительности этими лицами, то в тех случаях, когда последние выступят в роли свидетелей, неизбежным будет появление в таких свидетельских показаниях тождественных или, по меньшей мере, весьма сходных между собой ошибок»[1]. Применительно к практике международных уголовных трибуналов данный тезис проявляется в повторении в ходе процесса устоявшихся в массовом сознании клише и штампов, пересказе общеизвестной информации о произошедшем, постепенной мимикрии свидетельских показаний в пользу той картины, которая была представлена в печати, а не той, какой она была в реальности[2]. При этом важно, что подобного рода единообразие ошибок, словно эпидемия, овладевает не каким-то одним, а сразу несколькими свидетелями, чем, впрочем, всегда может воспользоваться противоположная сторона. И даже если этот эффект не будет заметен судьям при прямом допросе, тем не менее подобного рода доказательственные противоречия неизбежно всплывут при допросе перекрёстном. Иногда, правда, возникает другая крайность – при этнических чистках нередки случаи, когда в живых не остаётся ни одного человека, а значит, обвинение вынуждено строить свою позицию на косвенных доказательствах и «показаниях с чужих слов» (англ. *hearsay*), вновь рискуя согрешить против истины.

2. Сложности, вызванные не всегда профессиональной работой переводчиков или просто человеческим недопониманием на языковой почве. Например, в том же МТБЮ подавляющее большинство жертв и свидетелей преступлений не говорили на рабочих языках Трибунала. Более того, для множества следователей и адвокатов эти языки тоже не были родными. Особенно ярко это обстоятельство проявилось в деле *Прокурор против Кордича*, в решении по которому Суд был вынужден отметить следующее: «В данном деле следователь призналась, что она не владеет сербско-хорватским языком – тем, на котором разговаривал свидетель, а потому нуждалась в переводчике. Таким образом, показания свидетеля были записаны следователем на английском, при том, что её родным языком является датский, а затем написанное было переведено обратно на сербско-хорватский, дабы свидетель подписал изложенное на бумаге. Эти многочисленные переводы в информационном плане могли существенным образом исказить смысл сказанного по контрасту с тем, когда оба говорят на одном и том же языке или, по крайней мере, перевод осуществляется профессионалом синхронно»[1].

3. Приоритетность живых свидетельств увеличивает риск неточностей в свидетельских показаниях, вызванных особенностями человеческого восприятия. Так, юристами-психологами установлена закономерность, согласно которой риск ошибиться в показаниях у свидетелей (жертв) насильственных действий выше, чем у свидетелей (жертв) ненасильственных[2]. В этом же ряду находятся такие распространённые неточности в свидетельских показаниях, как ошибки в датах, длительности описываемых событий, мерах длины, веса и т. д. Для свидетелей характерна также неточность в правовой терминологии. Например, в Специальном суде по Сьерра-Леоне свидетель обвинения однажды назвал Прокурора «моим адвокатом»[3].

Нередко стремление чрезмерно довериться свидетелям приводило суд к двойным стандартам. Так, в решении по делу *Прокурор против Кареры* МТР специально оговорился, что «Судебная палата не придаёт особого значения расхождениям в количестве присутствовавших солдат, поскольку прошло уже достаточно много времени и свидетельские воспоминания могли исказиться». Однако в легендарном решении *Акайесу* Трибунал, напротив, подчеркнул, что «…травматический опыт свидетеля мог наполнить его показания гневом и болью и повлиять таким образом на его способность полностью и адекватно передать последовательность событий в их юридическом смысле»[4].

[1] *Гродзинский М.* Единообразие ошибок в свидетельских показаниях // Архив криминологии и судебной медицины. 1927. Том I. № 4/5. Выпуск 3. С. 1016.

[2] *Combs N. A.* Op. cit. P. 16.

[1] Цит. по: *Tochilovsky V.* The nature and evolution of the Rules of procedure and evidence. P. 167, 168.

[2] *Combs N. A.* Op. cit. P. 15.

[3] Ibid. P. 40.

[4] Цит. по: *Zahar A.* Op. cit. P. 605.

Таковы лишь некоторые из множества интереснейших проблем, которые возникают в связи с процессом доказывания событий прошлого в органах международного уголовного правосудия.

1.4. Взаимосвязь исторического, психологического и юридического в международном правосудии

Как уже стало ясно читателю, любые попытки проанализировать роль истории в международном правосудии неизбежно приводят к необходимости рассмотрения данной проблематики в четырёх аспектах. Первый относится к некоему историческому контексту (*historical background*), который, с разной степенью погружённости, описывают судьи. Например, в постановлении ЕСПЧ от 21 ноября 2013 года по делу *Путистин против Украины* читаем: «9 августа 1942 года отец заявителя принял участие в легендарном «матче смерти» между ФК «Старт» – командой, в состав которой в основном входили профессиональные футболисты ФК «Динамо» (Киев), работавшие на хлебозаводе в Киеве, – и командой немецких лётчиков люфтваффе, зенитчиков и механиков аэродромов («Флакельф»). Эта игра запомнилась унизительным разгромом «Флакельф» (ФК «Старт» обыграл «Флакельф» со счётом 5:3), несмотря на предположительно нечестную игру «Флакельф», выражавшуюся в грубости по отношению к соперникам, в угрозах наказания в их адрес, и пристрастное судейство со стороны офицера СС. Победа ФК «Старт» в этом матче, как считается, имела серьёзные последствия для игроков, которые позднее были арестованы и отправлены в местный концлагерь, где в конечном итоге четверо игроков были казнены» (параграф 7)[1].

Второй аспект связан с архивами, которыми располагает международный юрисдикционный орган. Это обстоятельство ни в коем случае нельзя сбрасывать со счетов, особенно применительно к уголовной юрисдикции. Как отмечает Ф. Гэйнор, много лет проработавший в Офисе Прокурора МТБЮ, а ныне – судья Специ-

[1] https://mmdc.ru/praktika_evropejskogo_suda/praktika_po_st_8_evropejskoj_konvencii/delo_putistina_protiv_ukrainy_case_of_putistin_v_ukraine/

ального суда по Косово, «архивы МТБЮ и МТР переполнены тысячами современных документов и записей, сделанных сторонами конфликта, включая письма, протоколы, парламентские речи, карты, приказы, донесения командиров и внутреннюю переписку, вышедшую из-под пера политических, военных, полицейских и административных органов на местном, региональном и национальном уровнях»[1]. Можно даже утверждать, что правильное решение вопроса об ответственности подсудимого невозможно без опоры на письменные доказательства, свидетельствующие о степени вовлечённости соответствующего лица в совместную преступную деятельность (*joint criminal enterprise*).

Порой доступ к архивным материалам, хранящимся, как правило, до их передачи суду в национальных фондах, становится вопросом ожесточённой борьбы и политического торга. Так, широкий резонанс получила ситуация, возникшая в Международном суде ООН в ходе рассмотрения дела *Босния и Герцеговина против Сербии*. Как известно, для того, чтобы Сербия несла ответственность перед Боснией за нарушение Конвенции о предупреждении преступлений геноцида и наказании за него 1948 года, в судебном порядке было необходимо доказать, что Сербия осуществляла «эффективный контроль» за подразделениями боснийских сербов, стремившихся любой ценой выдавить мусульманское население с тех земель Боснии, которые сербы считали своими, апогеем чего стала печально известная резня в Сребренице летом 1995 года, где за несколько дней было уничтожено около 8 тысяч мусульман. Пролить свет на степень контроля могли бы протоколы Высшего совета обороны – коллегиального совещательного органа тех лет, куда входили политические и военные лидеры сербско-черногорской федерации. Однако новое сербское руководство, опасавшееся необходимости расплачиваться за грехи С. Милошевича и выплачивать гигантские репарации Боснии, предварительно заручившись поддержкой великих держав (прежде всего США и Великобритании), смогло надавить на МТБЮ с тем, чтобы эти протоколы, хорошо известные и неоднократно исследованные в Гаагском Трибунале, не были переданы их коллегам в Международный Суд ООН, находящийся на расстоянии трех трамвайных остановок от

[1] *Gaynor F.* Op. cit. P. 1271.

Трибунала. Тем самым МТБЮ позорно поддался политическому давлению, Международный Суд ООН согрешил против истины, а Босния осталась в горестном недоумении[1].

Возьмём на себя смелость утверждать, что всё сотрудничество национальных государств с органами международного уголовного правосудия можно свести к двум основным моментам: передаче обвиняемых в Гаагу и предоставлению доступа к официальным документам, традиционно имеющим гриф секретности. Обо всём остальном позаботятся юристы.

Третье направление взаимодействия истории и международного правосудия касается показаний свидетелей, которые, информируя суд о том, что им выпало пережить, конструируют тем самым некую личную «историю» (*story*). Наконец, история входит в судебное исследование усилиями профессиональных историков, привлекаемых к рассмотрению дела в качестве экспертов[2]. Одно время даже квалифицированному международнику было невозможно устроиться на работу в МТР без знания трудов американского историка Э. де Форж, посвящённых истории геноцида в Руанде[3]. Важную роль на процессе по делу Р. Караджича сыграл балканский историк Р. Дониа, написавший о подсудимом целую книгу.

Каждый раз едва ли не во всех перечисленных случаях тот или иной орган международного правосудия испытывает определённые сложности. Национальные власти, как мы уже убедились, могут наотрез отказаться предоставлять суду необходимую информацию, серьёзные сомнения может вызывать квалификация экспертов, наконец, орган международного правосудия не всегда оказывается в силах корректно описать соответствующий исторический контекст. Так, А. И. Ковлер справедливо обратил внимание на то, что в «прибалтийских» делах, связанных с последствиями пакта Молотова-Риббентропа, ЕСПЧ называет включение стран Балтии в состав СССР то «оккупацией» (*Колк и Кислый против*

[1] *Хартманн Ф.* Указ. соч. С. 111-121.

[2] *Hirsch M.* Uses of history and collective memories by international courts and tribunals // https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeipro/e3277.013.3277/law-mpeipro-e3277

[3] *Bouwknegt T.* Op. cit. P. 125.

Эстонии), то «аннексией» (*Жданок против Латвии*), то вовсе утверждает, что в функции Суда «не входит делать выводы о законности инкорпорации Латвии в Советский Союз» (*Кононов против Латвии*)[1]. Но всё-таки наибольшие сложности вызывают исторические нарративы, содержащиеся в свидетельских показаниях.

Мы уже упоминали красноречивый пример, имевший место при рассмотрении дела Д. Тадича, в котором судебный состав столкнулся с плохо завуалированной ложью. Однако свидетели могут заблуждаться вполне чистосердечно. Особенно в тех случаях, когда с момента совершённых преступлений прошло значительное количество времени. Хрестоматийным примером последнего может служить уголовное преследование бывшего советского военнопленного И. Демьянюка, которого суды США и Израиля несколько десятилетий кряду преследовали за издевательства над военнопленными, содержавшимися в концлагерях Треблинка и Собибор. Впервые обвинения против него были выдвинуты ещё в конце 1970-х годов, когда с момента окончания Второй мировой войны прошло более тридцати лет. Немногочисленным выжившим, обнаруженным ФБР и Центром С. Визенталя в различных странах мира, предъявлялись фотографии надзирателя по кличке «Иван Грозный», которым предположительно являлся И. Демьянюк. Однако несколько свидетелей не смогли опознать в нынешнем благовоспитанном семьянине, прилежном налогоплательщике и работнике завода «Форд» человека, один вид которого некогда внушал им леденящий ужас. Более того, ряд свидетелей обвинения к моменту судебных слушаний были настолько стары, что даже не могли адекватно оценить происходившее с ними на процессе.

Так, 86-летнего Г. Боракса, бывшего узника Треблинки, адвокат И. Демьянюка подверг изнурительному перекрёстному допросу, силясь доказать, что у того серьёзно нарушена память. В какой-то момент стало очевидно, что свидетель действительно не в состоянии вспомнить имя своего сына, сгинувшего в концлагере, а на невинный, казалось бы, вопрос, на чём он добирался в США из Израиля,

[1] *Ковлер А. И.* Европейская Конвенция в международной системе защиты прав человека. С. 154, 155.

Г. Боракс ответил: «На поезде»[1]. Стоит ли говорить о том, что после этого доверие к его показаниям было непоправимо подорвано.

Существует ещё один момент, о котором иногда забывают. Психика человека, пережившего насилие, зачастую стремится исторгнуть из себя травмирующие воспоминания, а потому подсознательно, исподволь начинают работать разнообразные психологические «стратегии замещения». В частности, А. Ассман в своей новой книге «Забвение истории – одержимость историей» выделяет множество таких техник: стирание, прикрытие (когда событие никем не забыто, но утратило свой эмоциональный накал), сокрытие (собственно вытеснение из памяти), умолчание, переписывание и другие[2]. Причём подобного рода техниками могут оперировать не только конкретные индивиды, но и целые общности и даже народы. В зале судебного заседания это становится особенно заметно.

Так, в делах, касающихся гендерно обусловленного насилия, МУС выработал специальную методику, позволяющую погасить стресс от прихода в суд и ужас от повторно переживаемых воспоминаний. Возникло даже целое понятие *trauma-informed justice*, то есть правосудие, в полной мере учитывающее последствия нанесённого жертвам морального ущерба. При этом реакция самого суда может быть различной: от искреннего сочувствия к людям, поведавшим свою историю, до обоснованных подозрений в искренности, с какой лицо рассказывает о перенесённых мучениях.

Скажем, в деле Лубанги, связанном с вербовкой детей-солдат, МУС сказал буквально следующее: «Палата принимает во внимание… травму, которую дети, вызванные в суд стороной обвинения, некогда перенесли. Многие из них подверглись насилию во время войны, что не преминуло сказаться на их свидетельских показаниях»[3]. Имелась в виду ситуация, когда одним своим взглядом Т. Лубанга сбил с толку солдата-ребёнка, отказавшегося после этого от своих показаний[4]. А вот в деле Катанги, которое слушалось в другой палате МУС несколькими годами позже, Суд, напротив, был разочарован показаниями свидетеля Р-28, специально подчеркнув, что они «не отражали действия того, кто действительно участвовал в нападении, а скорее характеризовали человека, старавшегося держаться максимально далеко от поля брани»[1].

[1] *Лофтус Э.* Свидетель защиты. М.: КоЛибри, 2018. С. 329.

[2] *Ассман А.* Забвение истории – одержимость историей. М.: Новое лит. обозрение, 2019. С. 19-24.

[3] https://ilg2.org/2020/03/03/trauma-misinformed-justice-at-the-international-criminal-court/

[4] *Bouwknegt T.* Op. cit. P. 133.

Следует учитывать, что во время дачи показаний свидетель, нередко имеющий в МУС статус жертвы, переживает так называемую «повторную травматизацию». В силу этого Суд старается, с одной стороны, сгладить негативный эффект, а с другой – решить задачу актуализации в памяти травмирующих событий. Неслучайно судебными психологами разработана специальная методика работы с уязвимыми свидетелями. В самом общем виде она может быть сведена к следующим правилам: 1) в делах, касающихся сексуального насилия, психологи просят судей ещё раз убедиться в том, что в вопросах, которые они собираются задать, нет ничего излишне навязчивого, наводящего или смущающего; 2) если свидетель/жертва стремится избежать непосредственного зрительного контакта с подсудимым, между ними возможно установить специальный защитный экран; 3) также может быть рекомендовано применение видеоконференц-связи вместо непосредственного выступления в судебном заседании; 4) у свидетелей-женщин психологи всегда деликатно интересуются, будет ли им комфортнее, если при даче показаний рядом с ними будет кто-то находиться; 5) в судебных заседаниях действует также правило, согласно которому уровень задаваемых вопросов должен соответствовать уровню понимания свидетеля[2].

Надо сказать, что задача актуализации памяти актуальна не только для свидетелей, но и для обвиняемых. Так, заместитель фюрера по партии Р. Гесс в ходе Нюрнбергского процесса усиленно симулировал амнезию. Однако стоило продемонстрировать ему фотографию малолетнего сына, как он тотчас же отвёл взгляд в сторону, упорно шепча: «Нет, нет, нет…»[3].

[1] https://ilg2.org/2020/03/03/trauma-misinformed-justice-at-the-international-criminal-court/

[2] https://www.icc-cpi.int/get-involved/justice-at-work/pages/story.aspx?name=the-trauma-expert

[3] *Ирвинг Д.* Нюрнберг. Последняя битва. М.: Яуза, 2005. С. 348.

Своеобразной формой вторжения истории в залы судебных заседаний является ретроактивное продление или восстановление сроков давности уголовного преследования. Как правило, к подобной мере прибегают в случае преследования преступлений, которые остались безнаказанными из-за противоправной политики прежнего политического режима либо из-за неработоспособности правоохранительной системы во время гражданской войны и/или послевоенного восстановления[1]. Однако такие практики вызывают серьёзные дискуссии на национальном уровне, точку в которых вынуждены ставить органы международного правосудия, в том числе ЕСПЧ. Одним из первых дел подобного рода, рассмотренных Страсбургским Судом применительно к военным преступлениям, стало дело *Стрелец, Кесслер и Кренц против Германии*, постановление по которому было вынесено 22.03.2001 г.

Как известно, после объединения Германии в 1990 г. был проведен ряд судов над руководством бывшей ГДР, среди которых выделялся процесс по делу Национального совета обороны. В рамках данного разбирательства было привлечено к уголовной ответственности высшее военное руководство, в том числе бывшие министр обороны Кесслер[2], начальник Генштаба Стрелец, шеф «Штази» Мильке и другие генералы. На них возлагалась первоочередная политическая и юридическая ответственность за пограничный режим и, следовательно, за убийства перебежчиков в районе Берлинской стены с использованием огнестрельного оружия, систем автоматической стрельбы и противопехотных мин. Обвиняемые пытались доказать, что хотя они и давали команды стрелять на поражение, в то время это не рассматривалось как преступление. Более того, в военном законодательстве ГДР существовало значительное количество поощрительных норм,

[1] Подробнее см.: *Бобринский Н.* Изменение сроков давности привлечения к публично-правовой ответственности с обратной силой: Постановление Конституционного Суда России от 19 января 2017 года № 1-П в европейском контексте // Сравнительное конституционное обозрение. 2019. № 5. С. 72-89.

[2] Мало кто знает, что описанным в мемуарах многих советских военачальников немецким солдатом, сдавшимся в плен Красной Армии в самый канун Великой Отечественной войны, 21 июня 1941 года, как раз и был Х. Кесслер, дослужившийся при Э. Хонеккере до министра национальной обороны ГДР.

предусматривавших различного рода вознаграждения для бойцов и командиров, оперативно пресекавших всяческие попытки несанкционированного пересечения государственной границы. Верховный Суд, а вслед за ним и Федеральный Конституционный Суд (далее – ФКС) ФРГ решительно выступили против оправдания высокопоставленных чиновников на основании принципа «закон обратной силы не имеет». В частности, ФКС ФРГ подчеркнул, что «суд должен игнорировать оправдание, если оно имеет целью освобождение от ответственности за умышленное уничтожение людей, которые всего лишь пытались пересечь границу между двумя Германиями без оружия и не создавали угрозы интересам, общепризнанно нуждающимся в правовой защите. Такое оправдание, которое ставит запрет на пересечение границы выше права на жизнь, не должно иметь юридической силы по причине того, что оно явно и в недопустимой мере нарушает нормы справедливости и прав человека, защищаемые международным правом. Рассматриваемое нарушение настолько серьезно, что является посягательством на правовые концепции, касающиеся ценности и достоинства человеческой личности, которые являются общими у всех народов. В таких случаях позитивное право должно уступить место справедливости»[1]. В конечном итоге, как это часто бывает в спорных ситуациях, дело дошло до ЕСПЧ.

В своем постановлении Страсбургский Суд сформулировал правовую позицию, согласно которой «для государства, руководствующегося верховенством права, является законным возбуждение уголовных дел против лиц, которые совершили преступления при прежнем режиме; точно так же и суды такого государства, заняв место тех, которые существовали прежде, не могут подвергаться критике за применение и толкование правовых положений, действовавших во время совершения каких-либо действий, в свете принципов, которыми руководствуется каждое правовое государство» (§ 79). Кроме того, Суд отметил, что «широкое несоответствие законодательства ГДР практике государства в немалой степени являлось результатом деятельности самих заявителей. Занимая очень высокие посты в государственном аппарате,

[1] http://www.jean-monnet.unn.ru/doc/Advanced%20training%202014/Штрелец,%20Кесслер%20и%20Кренц%20против%20Германии.pdf

они явно не могли не иметь представления о Конституции ГДР и законодательстве ГДР или о международных обязательствах страны и критике ее режима охраны границы, которая звучала в международных кругах. Более того, они сами осуществляли или поддерживали этот режим, дополняя законы, публиковавшиеся в «Official Gazzette» ГДР, секретными приказами и служебными инструкциями об укреплении и совершенствовании установок по защите границы и о применении огнестрельного оружия. В приказе о его использовании, который был дан пограничникам, они настаивали на необходимости защищать границы ГДР «любой ценой» и арестовывать «нарушителей границы» или «уничтожать» их. Поэтому заявители несут прямую ответственность за положение, которое сложилось на границе между двумя германскими государствами с начала 1960-х годов до разрушения Берлинской стены в 1989 году» (§ 78).

Широкий общественный резонанс в нашей стране и за ее пределами вызвало дело *Кононов против Латвии*. Кратко напомним его фабулу.

В 2004 г. престарелый заявитель В. Кононов, бывший партизан, воевавший во время Великой Отечественной войны 1941-1945 гг. на оккупированной вермахтом территории Латвийской ССР, пожаловался в Европейский Суд на то, что его осуждение в конце 1990-х - начале 2000-х годов в уголовном порядке латвийскими судами за совершение военных преступлений нарушило требования статьи 7 Конвенции (наказание исключительно на основании закона). Заявитель был привлечен в Латвии к уголовной ответственности за то, что в 1944 г., находясь в деревне Малые Баты, принял участие в партизанской акции мести ее жителям, которые, как утверждал Кононов, незадолго до этого предательски выдали немецкой военной администрации группу партизан под командованием майора Чугунова. После детального рассмотрения аргументов сторон, норм международного права, которые имеют отношение к ведению войны, и соответствующего законодательства третья секция ЕСПЧ в постановлении от 24.07.2008 г. установила, что заявитель не мог тогда с достаточным основанием предположить, что его действия были «военным преступлением» согласно действовавшим в то время правилам ведения боевых действий.

Итак, указал Суд, не было весомых международно-правовых оснований признавать его виновным в совершении такого преступления. Даже если предположить, отметил Суд, что заявитель совершил одно или несколько преступлений по общим нормам права, предусмотренным национальным законодательством, сроки давности ответственности за их совершение давно прошли, и поэтому латвийское законодательство не может служить основанием для вынесения заявителю обвинительного приговора. Таким образом, ЕСПЧ постановил, что в деле властью государства-ответчика было допущено нарушение требований статьи 7 Конвенции (постановление было принято четырьмя голосами «за» и тремя голосами «против»). Суд также назначил заявителю компенсацию за причиненный ему моральный ущерб.

И вот тут случилось непредвиденное. Латвия обжаловала решение от 24.07.2008 г. в Большую Палату, которая в постановлении от 17.05.2010 г. пришла к выводам, прямо противоположным вынесенным ранее. В этом деле Большая Палата не стала погружаться в исследование обстоятельств дела как таковых (наподобие «расстреливал – не расстреливал»), впрочем, сам Кононов не возражал против своего участия в этой акции, а, наоборот, в определенной степени гордился ею. Для суда было важно другое: насколько привлечение Кононова к уголовной ответственности за это деяние спустя 50 лет после трагедии было совместимо с нормами указанной статьи Конвенции и прецедентной практикой ее применения, наработанной примерно за такой же промежуток времени. Иными словами, Суду предстояло выяснить: 1) были ли, с учетом состояния, в котором находилось законодательство по состоянию на 27.05.1944 г., четкие правовые основания для вынесения заявителю обвинительного приговора за совершение военных преступлений и 2) были ли эти преступления предусмотрены законодательством с той степенью доступности и предсказуемости, чтобы 27.05.1944 г. заявитель мог знать, за какие именно действия или бездействие он может быть привлечен к уголовной ответственности, и соответствующим образом регулировать свое поведение. Известная сложность этого дела, кроме необходимости учитывать исторический контекст, заключалась также в тесном переплетении фактических и правовых обстоятельств - очевидно, для того, что-

бы выяснить, были ли правовые основания для вынесения заявителю обвинительного приговора за совершение военных преступлений, так или иначе нужно было дать ответ на вопрос, а совершил он военное преступление ?

Суд справедливо начал с выяснения статуса пострадавших – девяти местных жителей села, включая трех женщин (1 беременную и 1 сожженную заживо). В своем постановлении он одновременно выдвинул две взаимоисключающие гипотезы: либо это были «гражданские лица, принимавшие участие в боевых действиях», или они имели правовой статус «комбатантов» - участников вооруженных сил (§ 194). Однако затем Европейский Суд заявил, что статус крестьян не так уж важен, ибо «если рассматривать жителей деревни как «гражданских лиц», то они тем более имели право на большую защиту» (§ 227).

Далее Суду предстояло выяснить, существовала ли на тот момент (май 1944 г.) выраженная с достаточной доступностью и предсказуемостью уголовная ответственность за деяние, совершенное Кононовым. Очевидно, что выяснение этого обстоятельства погружало судей в бездну полемики, начатой еще во времена Нюрнбергского и Токийского процессов в отношении выполнения преступных приказов и возможности устанавливать уголовную ответственность *ex post facto*. Известно, что во время Нюрнбергского процесса 1945-1946 гг. нацистские главари прибегали к приему, названного впоследствии «нюрнбергская защита». Они утверждали, что не несут ответственности за свои действия (агрессию, преступления против человечества, военные преступления) хотя бы по той простой причине, что в момент совершения этих деяний последние не квалифицировались действующими на то время международно-правовыми актами, не говоря уже о нацистском праве, как преступные. Между тем в приговоре МВТ подчеркивалось, что уже в период с 1933 по 1945 гг. мировому сообществу были известны положения Парижского пакта 1928 г., Гаагских конвенций 1899 и 1907 гг. «оговорка Мартенса» и ряд других источников, устанавливавших правила и обычаи ведения войны, грубо попранные нацистскими лидерами и их японскими приспешниками.

Аналогичную методологию применил ЕСПЧ и в «деле Кононова», проанализировав развитие международного гуманитарного

права, начиная с Кодекса Либера, принятого в ходе Гражданской войны в США 1861-1865 гг., и заканчивая Дополнительным протоколом 1977 г. к Женевским конвенциям.

В конечном итоге, Суд пришел к выводу, что «индивидуальная уголовная ответственность рядового была определена с достаточной доступностью и предсказуемостью, среди прочего, требованием о соблюдении международных фундаментальных актов о правах человека… Даже рядовой солдат не мог проявлять полное, слепое повиновение приказам, которые очевидно нарушали не только национальное законодательство, но и права человека, признанные на международном уровне, в частности право на жизнь, имеющее высшую ценность в международной иерархии прав человека» (§ 236).

Наконец, в постановлении содержался один важнейший вывод, который впоследствии был взят на вооружение многими национальными судами, рассматривавшими вопросы привлечения к ответственности бывших функционеров режима, и использовался в последующих делах самим ЕСПЧ. В параграфе 241 говорилось буквально следующее: «Уголовные преследования лиц, совершивших преступления при прежнем режиме, осуществляемые властями государства-преемника, являются правомерными и предсказуемыми, и… суды не могут подвергаться критике за применение и толкование правовых норм, действовавших при прежнем режиме, но с учетом принципов, провозглашенных в государстве, приверженном верховенству права, и ключевых принципов, на которых построена система Конвенции».

На несколько иную точку зрения ЕСПЧ встал в деле *Василяускас против Литвы*, постановление Большой палаты по которому было вынесено 20.10.2015 г. Суть дела в следующем: в 2004 г. заявитель был осужден за «геноцид литовского народа», поскольку в январе 1953 г., будучи офицером МГБ Литовской ССР, лично уничтожил двух партизан литовского движения сопротивления советской власти. Однако в этом деле девятью голосами «за» против восьми голосов «против» Суд все-таки признал нарушение Литвой статьи 7 Конвенции на том основании, что «в 1953 г. международные договоры не включали «политические группы» в определение геноцида, а также невозможно установить с достаточной ясностью, что международное обычное право устанавливало

более широкое определение, чем закрепленное в ст. 2 Конвенции 1948 г. о предупреждении геноцида и наказании за него» (§ 178). И далее: «В соответствии с п. 1 ст. 31 Венской конвенции о праве международных договоров… обычное значение терминов «национальный» и «этнический», используемых в Конвенции 1948 г., не покрывает очевидным образом группу литовских партизан. Поэтому Суд считает, что выводы литовских судов… основывались на толковании по аналогии в ущерб заявителю, что сделало вынесение приговора непредсказуемым» (§ 183).

Помимо прочего, у ЕСПЧ, вернее его председателя, есть одно полномочие, о котором мало кто знает – назначение троих из девяти судей Конституционного суда Боснии и Герцеговины после проведения консультаций с Президиумом федерации (своего рода коллективный орган, наделенный функциями главы государства). Более того, действует правило, согласно которому назначаемые просвещенным страсбургским правосудием служители Фемиды не должны быть гражданами Боснии или соседних с ней стран. Так, в настоящее время судьями, избранными по квоте председателя ЕСПЧ, являются: А. Нуссбергер (ФРГ), Х. Келлер (Швейцария) и Л. Биянку (Албания). Ранее в Конституционном суде работали представители Швеции, Франции (в частности, крупнейший конституционалист Л. Фаворо), Австрии и других стран. В этой связи исследователи отмечают, что присутствие иностранных судей в составе органа конституционного правосудия оказало положительное влияние на развитие конституционного правосудия не только тем, что сделало возможным передачу опыта, особенно в области применения Европейской Конвенции, но и тем, что позволило суду преодолеть сильную этническую поляризацию голосов национальных судей. *De facto* союз иностранных и боснийских судей, наблюдаемый во многих случаях, обеспечивал противовес союзу их хорватских и сербских коллег (любопытно, что из шести оставшихся судей двое должны быть босняками по национальности, двое – хорватами и еще двое – сербами, представляющими автономную Республику Сербскую)[1].

[1] *Антонов А.* Особенности организации и функционирования Конституционного суда Боснии и Герцеговины // Сравнительное конституционное обозрение. 2014. № 5. С. 31.

Приведем характерный пример из практики суда, касающийся тематики нашего исследования.

Любой, кто хотя бы раз бывал на территории бывшей Югославии, наверняка обращал внимание на то, что если и возможен консенсус между представителями различных, враждующих между собой этносов, то этот консенсус практически исчерпывающим образом воплощен в фигуре Иосипа Броз Тито, президента Югославии в 1953-1980 гг., одинаково почитаемого всеми национальностями. В политическом лексиконе балканских народов есть даже термин «югоностальгия» - тоска по некогда единой Югославии эпохи Тито. Поэтому нет ничего удивительного в том, что именем последнего до сих пор называют дороги и улицы. Тем не менее еще при жизни легендарного лидера, не говоря уже о дне сегодняшнем, ширилась и крепла оппозиция по отношению к его политике, особенно в среде национальной интеллигенции. Стоит ли удивляться тому, что совсем недавно, в 2011 г., гражданин обжаловал в Конституционный суд Постановление о создании и изменении названий дорог и улиц в том муниципальном образовании, где было предусмотрено присвоение дороге имени Тито. Обосновывая свой законный интерес, заявитель, в частности, утверждал, что он жил при коммунистическом режиме, когда систематически нарушались права человека и основные свободы, а значит, присвоение улице имени Тито наносит ущерб его праву на личное достоинство[1].

Не без влияния судей-иностранцев Конституционный суд пришел к выводу, что «уважение человеческого достоинства является правовой и моральной основой современного государства, основанного на концепции конституционной демократии. При этом определение содержания «человеческого достоинства» не представляется возможным, так как конституционные и международные правовые стандарты заполнения этой категории с течением времени развиваются и расширяются… Имя Тито символизирует не только освобождение территории страны от фашистской оккупации в годы Второй мировой войны, но и послевоенный тоталитарный коммунистический режим, для которого были характерны

[1] *Мильчакова О. В.* Конституционный контроль в странах бывшей Югославии. М.: ДПК Пресс, 2014. С. 134.

масштабные и серьезные нарушения прав человека и основных свобод, особенно в первое послевоенное десятилетие. Независимо от того, чего городские власти хотели достичь приданием дороге имени Тито, и какие цели они при этом преследовали, важно, что оспариваемое Постановление можно объективно рассматривать как положительную оценку бывшего недемократического режима… В государстве, в котором развита демократия и существует свободное общество, основанное на уважении человеческого достоинства, прославление коммунистического режима путем присвоения дороге имени Тито, является неконституционным. Имени Тито, в пространстве и времени, в котором существует страна, нет места, поскольку это противоречит принципу уважения человеческого достоинства, являющемуся основой конституционного строя»[1]. Но, как оказалось, «войны памяти» на Балканах нельзя преодолеть одним лишь росчерком пера конституционных судей.

[1] *Мильчакова О. В.* Конституционный контроль в странах бывшей Югославии. М.: ДПК Пресс, 2014. С. 136, 137.

Глава 2.

Травмирующие события прошлого в оценках международных (интернационализированных) судов

2.1. «Войны памяти» в Косово: роль МТБЮ[1]

Как известно, Югославская война 1991-1995 годов, деформировав многие черты национального характера некогда единого югославского народа, вызвала к жизни такие изменения в технологиях отправления правосудия на внутригосударственном и международном уровнях, в профессиональном и обыденном правосознании людей, вовлечённых в её водоворот, обусловила появление таких социально-психологических эффектов, которые должны быть описаны и проанализированы не столько юристами, сколько философами, историками, психологами и даже культурологами. Однако уродливое межэтническое противостояние между сербами, босняками и хорватами оставило в тени боевые действия в автономном крае Косово, развернувшиеся в 1998-1999 годах между сербами и косовскими албанцами (далее – косоварами). Тем не менее на будущее Балкан указанные события повлияли ничуть не меньше, а то и больше, чем война 1991-1995 годов. Ведь именно они стали формальным поводом для НАТОвских бомбардировок Белграда, начавшихся 24 марта 1999 года и продлившихся 78 дней. Именно они, год спустя, выступили триггером падения режима С. Милошевича в Сербии. Наконец, именно благодаря им на политической карте мира возникло новое непризнанное государство – Республика Косово, провозгласившая свою независимость 17 февраля 2008 года[2]. В этой связи представляется весьма убедительной горькая констатация российскими политологами того, что «механизмы нынешней меж-

[1] В основе параграфа – статья автора, написанная в соавторстве с А. Н. Антоновым и опубликованная в журнале «Международное правосудие» (2020. № 2. С. 126-137).

[2] «Республика Косово» признана как независимое государство более чем 100 странами (во главе с США), но не признана Российской Федерацией, ООН, ЕС и большинством других государств.

дународной структуры взаимного признания и гарантий государств и связанные с ней системы норм международного права и механизмы урегулирования конфликтов… не могут ныне рассматриваться как действенный фактор, оказывающий исключительно благоприятное влияние на строительство государств и наций»[1].

Трагические события в Косово привели к ещё одному феномену, который представляет интерес с правовой точки зрения, а именно – образованию так называемых «параллельных» структур власти. Как указывает М. Ю. Мартынова, вследствие этнического размежевания на территории Косово стали функционировать две сепаратные субсистемы: экономические, политические, культурные и т. д. Официальная сербская власть была представлена административными структурами, албанцы же имели свой собственный парламент, правительство и т. д.[2] Подобное размежевание не преминуло сказаться и на отношениях между людьми. Так, из ста браков, заключённых албанцами в Косово в 1993 году, только два были этнически смешанные[3].

Боевые действия, начавшиеся в конце 1990-х годов, привели к тому, что из Косово была вынуждена эвакуироваться вся юридическая элита, преимущественно сербская по своему национальному составу. Как следствие, на этой территории было введено прямое правление ООН, вынужденной налаживать едва ли не с нуля всю систему юстиции, назначая на соответствующие должности своих представителей, прибывших вместе с Миссией (так называемая «Миссия ООН по делам временной администрации в Косово» – UNMIK), или немногочисленных косоваров-юристов. Но Сербия, не смирившаяся с потерей края и продолжающая считать его своим, также учредила на своей территории систему судов, чья юрисдикция формально распространяется на Косово. По сути дела, сербские суды для Косово – это «суды в изгнании»[4]. Добавим

[1] *Ильин М. В., Мелешкина Е. Ю., Мельвиль А. Ю.* Формирование новых государств: внешние и внутренние факторы консолидации // Полис. 2010. № 3. С. 30.

[2] *Мартынова М. Ю.* Этнический фактор в Косовском конфликте // Этничность и религия в современных конфликтах / Отв. ред. *В. А. Тишков, В. А. Шнирельман*. М.: Наука, 2012. С. 392.

[3] Там же. С. 388.

[4] *Baylis E.* Parallel courts in post-conflict Kosovo // Yale journal of international law. 2007. Vol. 32: 1. P. 10, 11.

к этому смешанные судебные коллегии с участием иностранных судей и прокуроров, организованные на территории Косово в 2000 году и рассматривавшие главным образом военные преступления, совершённые сербами.

Кстати, во многом аналогичная ситуация складывается сейчас на Донбассе. Например, Горловский межрайонный суд существует одновременно в Славянске, находящемся под контролем Украины, и в самой Горловке, относящейся к непризнанной ДНР. Всё это, конечно, создаёт ни с чем несравнимые трудности для граждан, порождая значительную правовую неопределённость. Особенно, если учесть, что официальные украинские суды лишь с конца 2018 года стали признавать некоторые из документов, выданные мятежными ДНР/ЛНР, да и то с оговоркой, что подобного рода признание необходимо для того, чтобы не допустить серьёзных нарушений или ограничений прав человека[1]. Ранее национальные суды отказывались принимать иски, поданные жителями ДНР/ЛНР, на том основании, что данные территории контролируются в настоящее время не Украиной, а потому юрисдикция национальных органов правосудия на них не распространяется.

В чём-то схожие проблемы давно существуют в Косово. Как отмечал А. Н. Антонов, в июне 1999 года, когда из края были выведены все государственные органы Сербии, также были вывезены и оригинальные документы более чем половины кадастровых записей. Эти данные остались только на севере Косово, подконтрольном сербскому большинству, и в некоторых муниципалитетах в южной части края. В распоряжении же косовских властей остались только старые данные, 1985 года и ранее. Эта неразбериха создала дополнительные благоприятные условия для нелегальных захватов и массового мошенничества с собственностью сербов, покинувших жилища из-за опасений за свою безопасность[2].

[1] См., например: URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77310529?fbclid=IwAR2Oli7oAcPvYqaqjJFvMzI-APkOcqQ9YsaYlV6xwG_5pGuNC2X-WMQHDg8

[2] *Антонов А. Н.* Незаконный захват недвижимого имущества в Косове: обзор проблемы // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2020. № 2. С. 86.

Описанный нами «дуализм» некогда единой государственно-правовой системы наблюдается даже в благородном деле преодоления «лакуны безнаказанности». Речь идёт о том, что за преступления, совершённые на косовской земле в конце XX века, привлекают к уголовной ответственности одновременно и официальные сербские суды, и суды непризнанной Республики Косово. Оговоримся только, что если общеуголовные преступления и гражданские иски ещё могут рассматривать сербские «суды в изгнании», то для военных преступлений в составе Белградского окружного суда в 2003 году была учреждена специальная судебная палата по военным преступлениям, которая имеет монопольное право на рассмотрение и разрешение данной категории дел. В помощь ей приданы офис Прокурора по военным преступлениям, который длительное время возглавлял легендарный В. Вукчевич, и следственная служба по военным преступлениям, организованная при полиции Сербии.

Кроме того, следует учитывать, что и в самом Косово военные преступления и преступления международного характера обыкновенно подпадали под юрисдикцию упоминавшихся выше смешанных судебных коллегий, в которых преобладали иностранцы, а 3 августа 2015 года парламент непризнанной республики с большим трудом принял поправки к конституции в части возможности создания специального суда по расследованию военных преступлений, совершённых этническими албанцами в период с 1 января 1998 года по 31 декабря 2000 года. Этот суд получил название «специальных палат», которые создаются во всех звеньях косовской судебной системы, включая Верховный и Конституционный Суды. В 2017 году туда были назначены 19 иностранных судей из США и стран ЕС, включая таких известных специалистов в сфере международного уголовного процесса, как М. Пикард (Франция), М. Бохландер (Германия), К. Амбос (Германия) и Г. Метрё (Швейцария). Президентом этого суда стала юристка из Болгарии Е. Трендафилова, ранее занимавшая пост судьи МУС[1].

В научной литературе справедливо отмечается, что если механизмы переходного правосудия, находящиеся под контролем ко-

[1] Для более подробной информации см. веб-сайт суда: https://www.scp-ks.org/en

совского правительства и международных посредников (главным образом уголовные преследования, репарации и институциональные реформы), ещё имеют какой-то эффект, то те элементы переходного правосудия, в которых «пальму первенства» удерживают гражданские инициативы, как правило, обречены на провал[1]. В последнем случае речь идёт о праве на правду и национальном примирении. Хотя если верить большому социологическому исследованию, проведённому в Косово западными специалистами в 2016 году, около 76 % опрошенных жителей Косово вне зависимости от их национальности сочли «важным» или «весьма важным» знание всей информации о совершённых в прошлом военных преступлениях. Правда, при этом только 25 % опрошенных сербов и 8 % косоваров полагали, что их соплеменники совершали подобные преступления[2].

Преждевременно пока говорить и о межнациональном примирении. Вспомним события, произошедшие в 2018 году в Косовской Митровице, когда во время «внутрисербского диалога», призванного содействовать поиску консенсуса между двумя национальностями, косовским спецназом был задержан ряд представителей Белграда, а министров обороны и культуры Сербии попросту не пропустили на границе[3]. В этой связи слабым утешением выглядит обещание коалиции неправительственных организаций «запустить» с 2022 года деятельность общественной комиссии по установлению фактов касательно всех жертв военных преступлений и других серьёзных нарушений, совершённых на территории бывшей Югославии в период 1991-2001 годов (англ. *RECOM*), к которой уже успели присоединиться представители сербов и косовских албанцев, а также гражданские активисты из Боснии,

[1] *Kamatali J.-M.* Kosovo // Encyclopedia of transitional justice / Ed. by *L. Stan.* Vol. 2. N. Y.: Cambridge University Press, 2013. P. 266.

[2] *Hetemi A.* Dealing with the past and the process of reconciliation in Kosovo // State-building in post-independence Kosovo: policy challenges and societal considerations / Ed. by *I. Armakolas* and others. Prishtina: Kosovo Foundation for Open Society, 2017. P. 276-278.

[3] Подробнее см.: URL: https://www.eurointegration.com.ua/articles/2018/03/28/7079563/

Хорватии и наименее пострадавшей в ходе войны Словении[1]. К слову, похожая комиссия действовала в Сербии в 2001-2003 годах, однако сколько-нибудь существенных результатов ей тогда добиться не удалось из-за многочисленных внутренних конфликтов.

Совершенно по-иному обстоит дело с репарациями и уголовными преследованиями. Видимо, заслуга в этом принадлежит МТБЮ, который при всех имеющихся недостатках всё же сыграл важную роль в привлечении к ответственности виновных в совершении военных преступлений. Любопытная статистика: из 161 обвиняемого, попавшего в орбиту МТБЮ, 9 албанцев, причём из этих девяти шестеро, включая бывшего Премьер-министра Косово Р. Харадиная, были оправданы, а трое оставшихся были досрочно освобождены из-под стражи. Символично также, что первое обвинение, которое было выдвинуто 24 мая 1999 года Прокурором МТБЮ против тогда ещё действующего президента Сербии С. Милошевича, было как раз связано с преступлениями в Косово[2]. Однако вынесению окончательного решения помешала смерть подсудимого в 2006 году. Так что первым разрешённым делом, в котором превалировала косовская тематика, стало дело *Прокурор против Милана Милутиновича*, в рамках которого на скамье подсудимых оказались пятеро высших должностных лиц сербско-черногорской федерации, включая второго президента Сербии М. Милутиновича. Последний был оправдан, а четверо других приговорены к различным срокам тюремного заключения (полицейский чин В. Стоилькович покончил жизнь самоубийством, не дожидаясь экстрадиции в Гаагу). В целом значение МТБЮ заключается в том, что с одной стороны, он осуществлял правосудие, наказывая виновных в массовых злодеяниях, а с другой – устанавливал контекст совершения тех или иных преступлений, способствуя тем самым установлению исторической истины.

Во многом под влиянием высоких стандартов, заложенных международным правосудием, в Косово в 2011 году был принят

[1] URL: https://balkaninsight.com/2018/05/23/balkan-truth-commission-plans-to-start-in-2022-05-23-2018/

[2] Подробнее об истории выдвижения обвинений против С. Милошевича см.: *Хартманн Ф.* Указ. соч. С. 18-25.

специальный закон о лицах, пропавших без вести, гарантирующий «право на правду» для членов их семей и предусматривающий создание специального реестра таких граждан[1]. Касательно репараций отметим, что в 2006 году в гражданское законодательство была внесена специальная юридическая конструкция «добровольной аренды» (англ. *voluntary rental scheme*), согласно которой Косовское агентство по собственности как бы сдаёт в аренду недвижимое имущество бежавших из края сербов (таких по предварительным данным более 200 тыс. человек), находящееся в его оперативном управлении, а собственнику перечисляется арендная плата. Таким образом, собственники получают возможность «дистанционно» пользоваться своим имуществом, по крайней мере, получать за него арендную плату, избегая тем самым необходимости продавать его за бесценок, что часто имело место на югославских землях в 1991-1995 годах[2]. В том же году был принят закон о статусе и правах семей погибших, инвалидов войны и ветеранов, закрепивший ряд социальных гарантий.

Стали давать свои плоды и усилия международного сообщества по возрождению в крае юридического образования. Так, на момент провозглашения независимости в 2008 году в Косово насчитывалось 302 местных судьи и 83 прокурора (88,7 % из которых были этническими албанцами, а 5 % - сербами) против 15 судей и 11 прокуроров, прибывших из-за рубежа[3]. Впрочем, до полной нормализации обстановки в крае пока ещё далеко, о чём, в частности, свидетельствует неуспех саммита Западных Балкан, проводившегося в Берлине в апреле 2019 года[4].

В завершение отметим, что 23 июля 2002 года Председателем Совета Безопасности ООН была утверждена стратегия МТБЮ по завершению расследований к концу 2004 года, всех судебных процессов в первой инстанции к концу 2008 года и всей своей работы в 2010 году (так называемая «Стратегия завершения») «путём сосредоточения своих усилий на судебном преследовании

[1] *Hetemi A.* Op. cit. P. 273.

[2] *Антонов А. Н.* Указ. соч. С. 86.

[3] *Kamatali J.-M.* Op. cit. P. 269.

[4] URL: https://www.novayagazeta.ru/articles/2019/05/01/80407-veskaya-prishtina

и предании суду высших руководителей, которые подозреваются в том, что они несут основную ответственность за совершение преступлений, подпадающих под юрисдикцию МТБЮ, и путём передачи дел тех, кто, возможно, не несет такой степени ответственности, компетентным национальным органам». В результате в Правила процедуры и доказывания МТБЮ была внесена поправка 11 *bis* «Передача обвинительного акта другому суду», позволяющая до начала судебного разбирательства в трибунале передавать дела на рассмотрение властей государства: 1) на территории которого было совершено преступление; или 2) в котором обвиняемый был арестован; или 3) обладающего юрисдикцией принять такое дело, а также желающего это сделать и должным образом для этого подготовленного. По подсчётам специалистов, только в 2005-2007 годах МТБЮ передал 8 дел в отношении 13 обвиняемых в страны бывшей Югославии, преимущественно Боснию и Герцеговину, где, подобно Косово, был создан гибридный суд, включающий иностранных судей и прокуроров[1]. По контрасту в Сербию вначале было передано лишь одно дело, касавшееся событий в хорватском городе Дубровник в ходе противостояния 1991 года.

Эта необходимость «перекачки» дел с международного уровня на национальный, всячески подстёгиваемая администрацией Дж. Буша-младшего, опасавшейся МТБЮ как «законодателя моды» в сфере борьбы с безнаказанностью[2], обозначила перед международным сообществом задачу оказать национальным судебным системам бывших югославских республик такую логистическую, кадровую и иную поддержку, чтобы те, в свою очередь, смогли на относительно приемлемом уровне организовать и провести судебные разбирательства над «собственными негодяями». Иными словами, сербской Фемиде предстояло выполнить ту задачу, с которой не всегда успешно справлялся даже международный трибунал, в котором каждый судья по определению специалист высочайшей квалификации. И самое поразительное, что во многом ей это удалось.

[1] *Tochilovsky V.* The law and jurisprudence of the international criminal tribunals and courts. Cambridge: Intersentia, 2014. P. 1165.

[2] Подробнее об этом см.: *Хартманн Ф.* Указ. соч. С. 233-296.

Помимо прочего, уникальность сербского «кейса» заключается в том, что юристы и общественная мысль этой страны за считанные годы прошли путь от практически полного отрицания каких бы то ни было военных преступлений, совершённых сербскими военнослужащими в годы войны 1991-1995 годов и боевых действий в Косово, - того, что популярная хорватская журналистка С. Дракулич однажды назвала «культурой отрицания»[1], - до едва ли не безусловного лидерства в регионе в деле борьбы с безнаказанностью. Однако этот процесс осуществлялся не одномоментно. По нашему мнению, в своём развитии он прошёл, как минимум, три этапа:

1. *Отрицание* (с 1991 года до конца 1990-х годов). Именно на этот период пришлась череда опустошительных войн – сначала в Хорватии, затем Боснии и Герцеговине и, наконец, в Косово. Справедливости ради отметим, что несмотря на то, что руководство сербско-черногорской федерации в те годы неоднократно заявляло, что не признаёт легитимность МТБЮ, тем не менее даже тогда сербские власти пытались сотрудничать с ним. Так, в 1994 году широкий резонанс вызвало уголовное преследование братьев Вучкович, членов сербского парамилитарного формирования, обвинявшихся в убийствах мирных боснийцев. Впрочем, сербские добровольцы так и не стали для кадровых военных до конца «своими»[2]. Тогда сербы обошлись своими силами, не подключая МТБЮ. А вот в начале 1996 года Белград передал Трибуналу Д. Эрдемовича – боснийского серба, который хвастался своим участием в резне в Сребренице перед телекамерами «ABC News». В том же году правительство поддержало приезд в Гаагу Р. Кременовича для дачи показаний перед Прокурором МТБЮ (впоследствии он вернулся обратно в Белград)[3]. Но особенно ощутимым давление на сербские власти в плане сотрудничества с Трибуналом стало после заключения Дейтонского мирного со-

[1] *Obradovic-Wochnik J.* The ‘silent dilemma’ of transitional justice: silencing and coming to terms with the past in Serbia // The international journal of transitional justice. 2013. Vol. 7. P. 328.

[2] Ibid. P. 49.

[3] *Orentlicher D.* Some kind of justice. N. Y.: Oxford University Press, 2018. P. 61, 62.

глашения, прямо обязывающего всех его подписантов сотрудничать с МТБЮ.

2. *Транзит* (2001-2003 годы). Указанный период был, пожалуй, наиболее ярким в новейшей истории Сербии. Приход к власти в результате «Бульдозерной революции» 5 октября 2000 года новой демократической администрации в лице президента В. Коштуницы и премьер-министра З. Джинджича открыл новую страницу в борьбе с безнаказанностью. За относительно короткий срок Сербия вступила в Совет Европы и присоединилась к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 года, реформировала своё уголовно-процессуальное законодательство, отменила смертную казнь, распустила военные суды, существенным образом обновила состав Конституционного Суда и самое главное – учредила специальную судебную палату для рассмотрения военных преступлений[1].

Заметно активизировалось сотрудничество с МТБЮ, на сей счёт был даже принят специальный закон и разработана «Национальная стратегия по расследованию военных преступлений». И хотя наиболее разыскиваемые международным правосудием лидеры боснийских сербов Р. Караджич и Р. Младич ещё несколько лет находились на свободе, тем не менее 28 июня 2001 года состоялась экстрадиция бывшего президента С. Милошевича в Гаагу, вызвавшая небывалый резонанс в сербском обществе и, по-видимому, стоившая З. Джинджичу жизни[2]. На похоронах последнего сменивший его на посту премьер-министра З. Живкович, обращаясь к своему покойному другу, сказал: «Зоран, тебя убили люди по прозвищу Дурак, Плут и Крыса. Так вот, в Сербии, которую ты любил и которую ты строил, не было места дуракам, плутам и крысам…»[3]

3. *Нормализация* (с 2003 года по настоящее время). После бурных потрясений начала 2000-х годов, как это часто бывает, началась постепенная стабилизация общественно-политической ситуации в Сербии. Определённую роль в этом процессе сыграла, как ни странно, гибель З. Джинджича, объединившая, хотя бы и на короткое время, всех сторонников демократических преобразований в стране, и проведённая по «горячим следам» полицейская операция «Сабля», в ходе которой были задержаны наиболее одиозные командиры сербских парамилитарных формирований, преимущественно и совершавшие преступления в ходе боевых действий. В ноябре 2003 года судебная палата по военным преступлениям при Белградском окружном суде приняла к своему производству первое дело.

[1] *Беширевич В.* Миф о судебной реформе в Сербии // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 5. С. 107.

[2] Подробнее о перипетиях, связанных с экстрадицией С. Милошевича, см.: *Хартманн Ф.* Указ. соч. С. 40-58.

[3] *Gordy E.* Op. cit. P. 79, 80.

По официальной статистике за период 2003-2014 годов офис Прокурора по военным преступлениям выдвинул обвинения в отношении 162 человек, из которых подавляющее большинство (86 %) относились к сербским военно-полицейским силам. Косовские албанцы были фигурантами лишь одного дела, закончившегося оправданием всех 17 подсудимых, и только 3 человек были босняками или хорватами. Примечательно также, что почти три четверти от общего количества подсудимых служили в регулярной армии, включая так называемую «территориальную оборону», в то время как 23 % относились к силам полиции или парамилитарным формированиям. И лишь совсем ничтожная часть выдвинутых обвинений (около 3 %) пришлась на долю политиков, гражданских лиц и т. п.[1]

К сожалению, объём настоящей монографии не позволяет подробно рассказать обо всех этих судебных процессах и возникших в связи с их проведением трудностях. Поэтому мы кратко охарактеризуем лишь те из них, в которых поднималась косовская тематика. Прежде всего это дела «Шакалов» и Гнилянской группировки. Но международное сообщество в большей степени взволновало нашумевшее дело «братьев Бутуки».

Сербские полицейские С. Попович и М. Стоянович обвинялись в том, что в июле 1999 года незаконно задержали и удерживали некоторое время трёх албанцев, бывших в то время членами «Атлантической бригады» Армии освобождения Косово (далее – АОК). Дело осложнялось тем, что жертвы были гражданами США, всегда рьяно относящихся к судьбе своих соотечественников, где бы

[1] URL: https://www.osce.org/serbia/194461?download=true

те ни находились. Впоследствии тела албанцев были найдены в массовом захоронении в местечке Петрово Село. Тем не менее обвинению не удалось опровергнуть доводы защиты о том, что полицейские просто задержали братьев за незаконный переход границы и сопроводили их в ближайший полицейский участок. В 2015 году этот вопрос был даже поднят на международном уровне во время визита тогдашнего премьер-министра Сербии А. Вучича в США, однако никто в Америке не ставил под сомнение правомерность оправдания полицейских[1].

Судебная палата вернулась к событиям в Косово в деле «Шакалов» - так называли военнослужащих 177-го отряда территориальной обороны югославской армии, которые действовали в районе Чушки весной 1999 года. 14 бойцов, обвинённых в массовых убийствах, изнасилованиях и разграблении имущества албанцев, предстали перед белградским судом. Ранее, в 2005 году, в Аргентине скончался их командир – Н. Минич. Безукоризненно проведённое в тесной кооперации с Миссией ЕС по обеспечению верховенства права в Косово (англ. *EULEX*) расследование, помноженное на признательные показания двух свидетелей-«инсайдеров» из самого подразделения, дало возможность осудить всех подсудимых, за исключением трёх человек, к длительным срокам заключения[2]. Менее удачным оказалось дело «Джаковица» по обвинению трёх бойцов АОК в истязаниях мирного сербского населения, проживавшего в Косово. В данном случае один из обвиняемых ушёл из жизни, а другой – скрылся[3]. Такая же судьба постигла дело по обвинению Ораховацкой группировки косовских албанцев, где основные фигуранты оказались за пределами страны.

Другим нашумевшим процессом стало дело членов Гнилянской группировки, орудовавшей во второй половине 1999 года в зоне Карадак и занимавшейся массовыми убийствами сербского, цыганского и нелояльного к АОК албанского населения. Обвинения были выдвинуты против 17 косоваров, 8 из которых были вне досягаемости сербских властей. Дело, начавшееся в 2009 году,

[1] URL: http://www.hlc-rdc.org/wp-content/uploads/2016/06/izvestaj_o_TP_2013-2015_eng.pdf

[2] URL: https://www.osce.org/serbia/194461?download=true

[3] Ibid.

было завершено лишь в ноябре 2013 года, заняв, таким образом, более четырёх лет. Палата вынесла своё решение в начале 2011 года, осудив подсудимых к различным срокам тюремного заключения. В конце того же года решение было аннулировано апелляцией (палатой по военным преступлениям Апелляционного суда Белграда) и отправлено на дорасследование. В сентябре 2012 года первой инстанцией был постановлен новый вердикт, в котором часть подсудимых, те из них, что обвинялись заочно, были оправданы. В конечном итоге, в ноябре 2013 года апелляция оправдала всех 17 подсудимых[1].

Несложно заметить, что сербская Фемида оказывается на редкость эффективной и неотвратимой в тех случаях, когда речь идёт об осуждении сербов, попавших в её орбиту, и практически беспомощной тогда, когда необходимо устанавливать вину косовских албанцев, преодолевая при этом сопротивление албанских властей и настороженное отношение западных демократий.

Бывший президент непризнанного Косово Х. Тачи, против которого имеется достаточно подозрений в совершении военных преступлений и соучастии в них, некогда заявил, что ни один серб не был наказан за 400 массовых убийств в Косово[2]. Как вытекает из вышеизложенного, в действительности это ложь. Но единственное, о чём традиционно принято умалчивать, – это то, что в реальности ни один косовский албанец не был наказан за убийства и похищения сербов в Косово. Достаточно неожиданно сербские судебные власти преуспевают в наказании своих сограждан – сербов, но при этом продолжают оправдывать косовских албанцев.

Конечно, во многом неудачи сербских властей объясняются тем, что у них нет реальной возможности проводить следственные действия в Косово. Сербские «параллельные» судебные и полицейские структуры продолжают действовать в Косово либо на бумаге, либо занимаясь исключительно гражданским и административным производством по крайне ограниченному кругу вопросов.

В этой связи характерно, что в 2018 году председатель Международного остаточного механизма для уголовного правосу-

[1] Ibid.

[2] Thaci: No Serb convicted for 400 massacres in Kosovo (media). URL: https://media.unmikonline.org/?p=101175

дия направил письмо на имя председателя Совета Безопасности ООН, в котором подчеркнул, что «все запросы о помощи в адрес судебных органов в Косово в связи с военными преступлениями отклоняются на том основании, что сербские власти не обладают юрисдикцией в отношении преступлений, совершённых в Косово. Отказ властей в Косово осуществлять судебное сотрудничество по вопросам военных преступлений с сербскими властями является юридически несостоятельным и не свидетельствует о приверженности сотрудничеству и добрососедским отношениям»[1].

Ордера на арест косовских албанцев, выданные сербскими судами, в Косово не исполняются. Сербия продолжает выставлять в базу Интерпола международные ордера (англ. *red notices*) в отношении албанцев, подозреваемых в совершении преступлений в Косово. Однако эти ордера также не приводят к арестам и доставке субъектов в судебные органы Сербии, а элиминируются двумя способами:

1. Ордера блокируются Интерполом на основании протестов косовской стороны, поддерживаемых Миссией ООН в Косово. Обосновываются эти блокировки не особо убедительным утверждением о том, что в соответствии с Резолюцией 1244 только Миссия ООН (и, соответственно, в настоящее время косовские власти) имеют право расследовать преступления, совершенные в Косово его резидентами.

2. В случае, если арест все-таки производится в соответствующей стране, то через дипломатические каналы туда направляется сходный протест, также парафированный Миссией ООН. Одновременно начинается массированная медиа-атака на суд, который должен принять решение об экстрадиции в Сербию. В результате в экстрадиции отказывают, и уголовное дело рассыпается.

По последнему сценарию блокировались экстрадиции руководителей края Р. Харадиная и Х. Тачи. Свежий пример – арест в июле 2019 года в Македонии бывшего бойца АОК «средней руки» Т. Морины. По стандартной траектории последовали протесты властей «Республики Косово», поддержанные Миссией ООН,

[1] URL: https://undocs.org/ru/S/2018/471

EULEX и послами некоторых стран (США и Евросоюзом)[1]. Несмотря на решительное настроение властей и изначальную позицию суда в Скопье, после непродолжительной политической и юридической возни в экстрадиции всё-таки отказали. Что произойдет с расследованием дальше, большой вопрос.

Говоря о косовском правосудии в части военных преступлений, отметим, что в период после падения режима С. Милошевича и окончания, как говорят косовары, «освободительной войны АОК» по настоящее время можно выделить четыре основных этапа: 1) время полного или частичного юридического вакуума до формирования и начала полноценной работы международных полиции, прокуратуры и судов (середина июня 1999 года - начало 2000-х годов); 2) деятельность международных полиции, прокуратуры и судов под эгидой Миссии ООН в Косово на основании Резолюции Совета Безопасности ООН 1244 (начало 2000-х годов – конец 2009 года); 3) деятельность полиции, прокуратуры и судов под эгидой Миссии Евросоюза EULEX и малая толика вклада местных сотрудников Офиса специального прокурора Косово (конец 2009 года – середина 2016 года); 4) деятельность исключительно местных структур, когда полномочия международных специалистов EULEX, находящихся в Косово, были сведены исключительно до выполнения советнической и надзорной функций. Принимать какие-либо дела к своему производству они могут только по указанию косовских Генерального прокурора и Верховного суда.

Не будем вдаваться в подробности того, как функционировали правоохранительные органы на этих этапах. Приведём лишь сухие цифры.

Итак, за всё время, начиная с 1999 года, в косовском правосудии (будь то международные или местные судьи) до суда дошли около 40 уголовных дел о военных преступлениях. В основном они были связаны с похищениями людей, убийствами, издевательствами и другими негуманными и унижающими человеческое достоинство действиями против гражданских лиц. Всего по ним привлекались около ста человек, среди которых более 2/3 - это косовские албанцы. Обви-

[1] Kosovo blasts Macedonia for arresting a former UCK fighter wanted by Serbia. URL: https://english.republika.mk/news/macedonia/kosovo-blasts-macedonia-for-arresting-a-former-uck-fighter-wanted-by-serbia/

нялись последние, в том числе, и в преступлениях против косовских сербов и других «неалбанцев», постоянно проживавших в Косово.

Действительно, бывали случаи, когда косовским албанцам всё-таки давали реальные сроки (пусть, в основном, и весьма мягкие) за преступления против гражданского населения. Однако весьма интересный и неоднозначный факт состоит в том, что ни один албанец не был лишен свободы за убийства, похищения, изнасилования и другие ужасы, совершённые против сербов. Так, в единственном деле против относительно высокого начальства АОК, командовавшего действиями в сёлах вокруг Ораховаца в 1998 – 1999 годах (*Прокурор против С. Красничи, Б. Зуберая и др.*), четверо из обвиняемых были приговорены к тюремным срокам за издевательства и убийства своих соседей-албанцев из числа «нелояльных» к АОК или тех, с которыми просто сводились личные счёты. Однако все эпизоды, связанные с похищенными и далее пропавшими без вести или убитыми сербами, остались недоказанными. Единственный из них, вошедший в обвинительное заключение, на суде «развалился» из-за недостачи свидетельских показаний[1].

В другом деле косовские албанцы Е. Кабаши и С. Бютичи получили изначально по пять лет лишения свободы за участие в организованном нападении АОК на сербские сёла вокруг Ораховаца в июле 1998 года[2]. После тех событий около ста мужчин-сербов были увезены в неизвестном направлении (одному удалось сбежать, а ещё одного отпустили из-за старости и болезни). Более половины из них до сих пор числятся пропавшими без вести, а останки остальных были обнаружены в массовых гробницах недалеко от Малишево и в печально известной пещере «Волуяк» в том же районе. Однако на повторном судебном заседании, после возвращения дела Верховным судом на новое рассмотрение, все обвиняемые были полностью оправданы, несмотря на наличие показаний очевидцев, видевших их среди нападавших и однозначно их опознавших[3].

[1] URL: http://www.hlc-kosovo.org/wp-content/uploads/2018/07/Selim-Krasniqi-Verdict-12.10.2010-Redacted.pdf

[2] *Kostic and others v. UNMIK*, nos 111/09 et al, opinion of 23 October 2015. URL: http://www.unmikonline.org/hrap/Eng/Pages/default.aspx

[3] URL: http://www.hlc-rdc.org/?p=22431&lang=de

Одно из реальных объяснений этому кроется в античном своде албанских законов, так называемом «Леке Дукаджини» или «Кануне», которого до сих пор придерживаются албанцы. Поскольку правила кровной мести по нему доминируют в албанском обыденном сознании, то дать показания в суде (даже иностранным гражданам) против албанца, замешанного в убийстве твоего родственника, не считается зазорным, а рассматривается как один из современных способов частичной «расплаты» за содеянное. Дать же показания по поводу убийств и других похищений сербов (*shkija*, как унизительно называют их албанцы) и других неалбанцев – это, если можно так выразиться, вопреки правилам хорошего тона.

Таким образом, глядя на косовское правосудие, складывается впечатление, будто бы сербы и другие национальности настолько хотели насолить албанцам и создать у мира неверное о них впечатление, что сами убивали себя или своих соплеменников, насиловали и уводили в неизвестном направлении, а албанцы здесь совершенно ни при чём. Уже не один год на всех уровнях, в том числе и в ООН, их посланники твердят о более, чем 20000 женщин, изнасилованных сербами за период 1998-1999 годов. Эта цифра базируется на данных некоей давно несуществующей американской негосударственной организации, которая весной 1999 года работала в Косово. Причём демонстрируются только цифры: без имён, описаний обстоятельств преступлений и подобных, даже минимальных, необходимых сведений. Однако в 1999 году было принято около 1300 заявлений от женщин, которые хотели получить выплаты как гражданские жертвы боевых действий за сексуальное насилие над ними, хотя подтверждено из них было всего 400[1]. Притом это подтверждение весьма далеко от судебного стандарта доказывания «вне разумных сомнений» и отнюдь не транспарентно.

Приходится констатировать, что информационную войну в 1998-1999 годах косовские албанцы, несомненно, выиграли, выставив сербов единственными агрессорами и злодеями в регионе. Осуждение косовских албанцев за преступления против сербов

[1] Rape Victims Find a Voice 20 Years After Kosovo War. URL: https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-04-03/rape-victims-find-a-voice-20-years-after-kosovo-war

будет очередным подрывом этой картинки, впрочем, уже значительно расшатанной многими свидетельствами, выявившимися позже.

Добавим к сказанному постоянные угрозы, исходящие от косовских албанцев в адрес их же соотечественников, решившихся, несмотря ни на что, сотрудничать с международным правосудием. Последний пример тому – убийство 18 декабря 2019 года инспектора лесничества Н. Рустеми, являвшегося свидетелем нового «гибридного» суда в Косово. По данным СМИ, Н. Рустеми проходил по программе защиты свидетелей и тремя месяцами ранее дал показания в Гааге. Первоначально косовские правоохранители заявили, что его убийство связано с профессиональной деятельностью, однако семья покойного утверждает, что его убили за показания, которые могли бы повредить нынешнему руководству непризнанного образования, причастному к преступлениям АОК в отношении сербского, цыганского и албанского населения края в конце 1990-х годов[1].

Таким образом, сербские власти оказываются гораздо более эффективными в деле преодоления безнаказанности, в том числе в отношении преступлений, совершённых на территории автономного края Косово, нежели собственно судебные и правоохранительные структуры албанцев, созданные, казалось бы, с единственной целью – доказать государственную состоятельность «Республики Косово». Обращает на себя внимание также то обстоятельство, что расследование международных преступлений на национальном уровне нередко сопряжено с целым рядом рисков, которые могут существенным образом затруднить или попросту свести на нет все усилия правоохранительных органов. Лишним доказательством этому служат косовские реалии, где традиционная мораль и местные правовые обычаи ещё могут смириться с дачей показаний в суде, уличающих подсудимого в убийстве соплеменника, но никогда – в убийстве представителя другой национальности. Всё это приводит к неутешительной мысли о том, что преодоление безнаказанности за военные преступления может быть достижимо преимущественно за счёт институтов международного уголовно-

[1] URL: https://tass.ru/mezhdunarodnaya-panorama/7520701?fbclid=IwAR0JiMuZGJkk3OpO0vOFxvwTWzmc0eA0vcpKBx2sO-Wj0ErFXm7thoGnM8k

го правосудия (в случае с Косово – усилиями смешанных судебных палат с участием судей-иностранцев), нежели за счёт местной юстиции.

2.2. Колумбийская «La Violencia» и деятельность специальных судебных палат «Правосудие ради мира»[1]

Исторические обстоятельства сделали Колумбию, «живописный край восхитительных орхидей», «изумрудную страну», «страну принцев и нищих», ареной институционализированного насилия, в котором принимали участие самые разнообразные акторы – правительственные войска, леворадикальные партизаны, добровольческие формирования «парамилитарес», придерживавшиеся ультраправых взглядов, и даже – представители наркомафии, длительное время возглавляемые П. Эскобаром. Начиная с 1948 года, по стране периодически прокатывались волны «виолансии» – своего рода эпидемии насилия, в топке которой сгинули 4 кандидата в президенты, 1200 офицеров полиции, 200 судей и следователей, включая министра юстиции, 150 журналистов и свыше 300 тысяч рядовых граждан. Ещё три с половиной миллиона колумбийцев, спасаясь от насилия и угроз, выехали из страны[2]. В 1985 году весь мир облетели кадры сожжённого Дворца правосудия в Боготе, который был захвачен боевиками «Движения 19 апреля» (исп. Movimiento 19 de Abril, далее – «М-19») и во время штурма которого

[1] В основе параграфа – статья автора, опубликованная в журнале «Международное правосудие» (2020. № 4. С. 77-99).

[2] *Гирин Ю. Н.* Виолансия как тип культуры // Латинская Америка. 2013. № 11. С. 99, 100. Согласно уточнённым данным колумбийского Национального центра исторической памяти за всё время конфликта погибло 262197 гражданских лиц, 80514 человек стали жертвами насильственных исчезновений, 37094 – похищений с целью выкупа, 15687 человек подверглись сексуальному насилию, 17804 ребёнка были насильственно рекрутированы в ряды разного рода вооружённых формирований и около 6 млн. человек покинули места своего проживания. URL: https://centrodememoriahistorica.gov.co/262-197-muertos-dejo-el-conflicto-armado/

погибли 11 судей Верховного Суда, а общее количество жертв неизвестно до сих пор[1].

С тех пор прошла долгая вереница лет, но даже в наши дни, в эпоху национального примирения, начавшегося в Колумбии после подписания в 2016 году Картахенского мирного соглашения, с 24 ноября 2016 года по 15 июля 2020 года по политическим мотивам были убиты 971 человек, из которых 342 – крестьянские лидеры, а 250 – индейские[2]. Но, пожалуй, уникальность «виолансии» состоит в воспитании у людей необычного способа мировосприятия, для которого характерны ощущение неотступной тревоги, тянущихся похоронных процессий, враждебности внешнего мира, хорошо знакомых нам по романам Г. Гарсии Маркеса. Иными словами, речь идёт о глубокой национальной травме, непосредственно переживаемой несколькими поколениями несчастных колумбийцев.

Добавим к сказанному, что острейшей проблемой этой страны продолжает оставаться наркотрафик. В докладе Международного комитета по контролю над наркотиками за 2015 год сообщалось, что площади, занятые под кокой, увеличились на 44 % по сравнению с 2013 годом, и Колумбия вновь стала мировым лидером. В июле 2016 года Управление ООН по наркотикам и преступности заявило, что за два года площадь, занятая под кокой, удвоилась и впервые после 2007 года достигла 96 тысяч гектаров, годом позже – 146 и ещё через год – 171 тысячи гектаров[3].

И всё же основным источником насилия в стране, как мы уже говорили, является продолжающийся более полувека внутренний вооружённый конфликт (по сути дела, гражданская война) между герильей и правительственными силовыми структурами, опиравшимися до некоторой степени, в определённом смысле, на поддержку «парамилитарес». Так, среди леворадикальных партизан наибольшим могуществом пользовались две организации – Революционные вооружённые силы Колумбии (исп. Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, далее – FARC), созданные в 1966 году как боевое крыло Коммунистической партии, и Армия национального освобождения (исп. Ejercito de Liberacion Nacional), в становлении которой принимали участие легендарный кубинский революционер аргентинского происхождения Э. Че Гевара и порвавший с католической церковью священник К. Торрес[1]. В начале нынешнего столетия, по оценкам различных экспертов, их численность достигала от 17 до 20 тысяч и более 5 тысяч человек соответственно. Помимо этого, в Колумбии действовали иные вооружённые формирования, например, «М-19», прекратившее, впрочем, вооружённую борьбу задолго до подписания мира. В свою очередь, отряды «парамилитарес» консолидировались в 1997 году в так называемые «Объединённые силы самообороны Колумбии» (исп. Autodefensas Unidas de Colombia, далее – AUC), численность которых на момент прекращения деятельности в 2006 году составляла более 30 тысяч человек[2].

Конечно, можно по-разному относиться к герилье, представители которой – герильерос – исповедовали причудливую смесь марксизма, «теологии освобождения», романтизма и геваризма. Но чаще всего они рассматривались как отвергнутые обществом ниспровергатели традиционных ценностей, одержимые в своей вере аутсайдеры, не чуравшиеся террористических методов деятельности (например, взятия в заложники представителей истеблишмента, как это произошло с одним из кандидатов на пост президента И. Бетанкур, и просто мало-мальски зажиточных людей)[3]. Как бы там ни было, окончание братоубийственной войны

[1] Подробнее о сегодняшней жизни в Колумбии см.: *Лошак В.* «Открыть глаза!» // Огонёк. 2016. № 12. С. 38.

[2] URL: https://www.semana.com/nacion/articulo/asesinato-de-lideres-sociales-en-colombia-cifras-durante-cuarentena-covid-19/686859?fbclid=iwar0o7c2benemrvuo9ntxhsef24jm9zpfxccxmqzwf2edoc18_htbjulo39e

[3] *Ивановский З. В.* Колумбийский узел развязан ? // Современная организованная преступность в Латинской Америке и странах Карибского бассейна / Под ред. *Б. Ф. Мартынова*. М.: Весь мир, 2017. С. 167.

[1] Если Э. Че Геваре в нашей стране посвящено множество книг – достаточно вспомнить, например, объёмную биографию, вышедшую в серии «Жизнь замечательных людей» (см.: *Платошкин Н. Н.* Че Гевара. М.: Молодая гвардия, 2017. 701 с.), то имя К. Торреса обойдено вниманием отечественных исследователей. Единственное известное нам исключение – это параграф в ставшем классическим труде И. Р. Григулевича. См.: *Григулевич И. Р.* «Мятежная» церковь в Латинской Америке. М.: Наука, 1972. С. 147-162.

[2] *Ивановский З. В.* Колумбийский узел развязан ? С. 156.

[3] Подробнее см.: FARC-EP. Революционная Колумбия. История партизанского движения. М.: Гилея, 2003. 224 с.

и порождённого ею разгула преступности должно было стать одним из приоритетов любого политически ответственного лидера. И такой лидер не заставил себя ждать. В 2010 году президентом страны был избран Х. М. Сантос Кальдерон, занимавший в правительстве предыдущего президента А. Урибе – Колумбия, как и многие латиноамериканские государства, является президентской республикой - отнюдь не «мирный» пост министра обороны. Однако заняв центристские позиции, Сантос на переговорах в Гаване при поддержке руководителя правительственной делегации У. де ла Калле, взявшего на себя техническую сторону вопроса, уверенно повёл дело к заключению мира с FARC. И хотя на этом пути им не всегда сопутствовала удача, случались ошибки, досадные сбои[1], тем не менее 26 сентября 2016 года, при содействии правительства Норвегии и кубинского лидера Р. Кастро, в Картахене был подписан Договор об окончании войны между партизанами FARC и правительством Колумбии. Любопытная деталь: в день подписания все участники переговоров, включая президента Сантоса и лидера повстанцев Р. Лондоньо Эчеверри, известного под псевдонимом «Тимошенко», были облачены в белые одежды, символизировавшие чистоту их помыслов, а ручки, которыми следовало подписать договор, были изготовлены из некогда боевых снарядов[2]. В конце того же года за свои поистине титанические усилия Сантос был удостоен Нобелевской премии мира.

Однако было бы наивно и политически близоруко видеть в изложенном выше некую экзотическую историю со счастливым концом. Колумбийская драма, которая, судя по всему, ещё далека от

[1] Самый главный произошёл, пожалуй, 2 октября 2016 года, когда на референдуме, призванном ратифицировать Картахенское мирное соглашение, вследствие урагана «Мэтью», который пронёсся накануне над несколькими регионами на побережье и востоке страны, явка составила чуть более 30 %, что не преминуло сказаться на результатах голосования – 49,78 % проголосовавших высказались за ратификацию, но 50,21 % - против. Как следствие, Сантос совместно с лидерами FARC были вынуждены подготовить новый проект соглашения, вобравший в себя множество поправок оппозиции, который был окончательно ратифицирован 24 ноября 2016 года уже в парламентской процедуре.

[2] *Дабагян Э. С.* Колумбия: трудные дороги к миру // Новая и новейшая история. 2017. № 5. С. 121.

своего завершения, наряду с множеством измерений, имеет ещё одно – юридическое, которое представляет для нас наибольший интерес. Более того, колумбийский опыт переходного правосудия (исп. justicia de transicion) считается на сегодняшний день одним из успешнейших, а потому, не исключено, будет насаждаться международными организациями (той же ООН) едва ли не во всех 69 вооружённых конфликтах, терзающих ныне человечество. Но справедлива ли эта оценка ?

Напомним читателю, что термин «переходное правосудие» (как вариант – «транзитивное правосудие») вошёл вначале в североамериканский, а затем мировой политико-правовой дискурс в последнем десятилетии прошлого столетия для обозначения совокупности мер правового реагирования на нарушения прав человека, безнаказанно совершённых в прошлом, как правило, при участии или попустительстве государства. К числу его «столпов» обычно относят: 1) уголовное преследование виновных; 2) установление фактов, в том числе путём создания общественных комиссий правды и примирения; 3) возмещение ущерба пострадавшим (репарации) и, наконец, 4) гарантии неповторения правонарушений[1]. Уже в самом этом понятии содержится указание на определённый переход, транзит, который может иметь место либо в результате политической трансформации (от авторитарного/тоталитарного режима к демократическому), либо мирного урегулирования (от состояния войны к миру). «Первопроходцами» переходного правосудия традиционно считаются Р. Тайтель и Н. Критц, однако большинство современных авторов (Л. Стан, О. Симич, З. Кауфман и другие) достаточно далеко ушли от романтических представлений о «конце истории» как грядущем триумфе либеральной демократии, характерных для 90-х годов прошлого столетия.

Так вот, социологические исследования, проведённые американскими учёными, показывают, что многие колумбийцы, в том числе непосредственно вовлечённые в мирный процесс, относятся к переходному правосудию как чему-то чуждому, навязанно-

[1] *Бобринский Н.* Постсоветское переходное правосудие в России: достижения и упущенные возможности // Сравнительное конституционное обозрение. 2018. № 1. С. 143.

му извне, несмотря на то, что отдельные элементы этой концепции хорошо зарекомендовали себя в соседних Чили и, особенно, Аргентине. Отношение народа к переходному правосудию красноречиво иллюстрирует старая колумбийская притча об акуле и сардинах, где в роли «акулы» выступают вездесущие американцы, «гринго», со своей юридической пропагандистской машиной, а в роли «сардин» - привычно покорные судьбе колумбийцы[1]. Не будем также забывать, что многие аналитики убеждены, что ключевым моментом мирного урегулирования стал «План Колумбия», рождённый в недрах администрации президента Б. Клинтона, благодаря которому США в течение шестнадцати лет инвестировали в Колумбию порядка 10 млрд. долларов, часть из которых была направлена как раз на создание инфраструктуры переходного правосудия (например, на выплату компенсаций жертвам военных преступлений было затрачено около 80 млн.)[2].

Поэтому нет ничего удивительного в том, что при опросе нескольких десятков активистов неправительственных организаций, призванных играть первую скрипку в деле популяризации переходного правосудия, в отношении последнего преобладали весьма скептические оценки: «движение в поддержку переходного правосудия выступает скорее средством манипулирования соответствующей риторикой с целью свести на нет стандарты прав человека и усилить стратегию отрицания государственно обусловленного насилия», «переходное правосудие – прекрасный инструмент, но колумбийские судьи даже не знают, что это такое», «своим остриём оно направлено в большей степени на амнистию виновных, нежели на восстановление прав их жертв» и т. д.[3] Очевидно, что подобное отношение существенным образом подрывает миротворческий потенциал, которым обладает названная концепция.

[1] FARC-EP. Революционная Колумбия. История партизанского движения. С. 14.

[2] Вибір заради справедливості: Посібник зі створення механізмів притягнення до відповідальності за найтяжчі злочини / За заг. ред. *Р. Мартиновського, Л. Мороз*. Т. 2. К.: Відкрите суспільство, 2018. С. 247.

[3] *Rowen J. R.* “We don’t believe in transitional justice”: peace and the politics of legal ideas in Colombia // Law & social inquiry. 2017. Vol. 42. Issue 3. P. 629-632.

Во-вторых, было бы методологически неверно связывать первые ростки переходного правосудия, с трудом проросшие на колумбийской почве, с усилиями одного, пусть и незаурядного, человека. Впервые Колумбия столкнулась с этой системой ещё в 2005 году, при президенте Урибе, считавшимся, казалось бы, одним из главных «ястребов». Тем не менее именно при нём был принят Закон № 975 «О правосудии и мире» (исп. Ley de justicia y paz, далее – Закон № 975), направленный на реинтеграцию в мирную жизнь демобилизовавшихся «парамилитарес». В частности, он предполагал создание Национальной комиссии репараций и примирения, Группы исторической памяти, призванной воссоздать исторический контекст произошедшего, а также уголовное преследование «парамилитарес», правда, с одной существенной оговоркой. Лицо, которое сложило оружие, покинуло ряды боевиков и признало в судебной процедуре свою вину за совершённые преступления, даже если это - военные преступления или преступления против человечности, могло быть приговорено к относительно мягкому тюремному сроку (до 8 лет лишения свободы) или вовсе получить условный срок вместо полагающихся по колумбийскому законодательству 30-40 лет лишения свободы за международные преступления[1].

Подавляющее большинство юристов расценило этот Закон как несомненный шаг вперёд, позволяющий, с одной стороны, добиться разоружения опасного актора гражданского противостояния, а с другой – избежать откровенной безнаказанности, что нередко случалось на южноамериканском континенте, например, при объявлении так называемых «слепых» амнистий для участников вооружённой борьбы. Параллельно были раскрыты 40 тысяч преступлений, совершённых правыми радикалами, 14 руководителей которых были экстрадированы в США по обвинению в торговле наркотиками. Кроме того, расследование деятельности «парамилитарес», осуществлённое на основании Закона № 975, и признательные показания боевиков (исп. postulados) позволили выявить их связи в Конгрессе, прежде всего Палате представителей, где из 166 конгрессменов 102 оказались замараны негласным сотрудни-

[1] *Restrepo E. M.* Colombia // Encyclopedia of transitional justice / Ed. by *L. Stan & N. Nedelsky*. N. Y.: Cambridge University Press, 2013. P. 108.

чеством с «парамилитарес», выполнявшими разного рода «деликатные» поручения. В историю Колумбии этот скандал вошёл как «скандал Параполитика»[1].

К сожалению, далеко не все «парамилитарес» после разоружения нашли себя в мирной жизни. Многие из них вернулись к преступному промыслу, объединившись в печально известные BACRIM (исп. bandas criminales), по сию пору продолжающие терроризировать местное население и бывших партизан FARC, давно сложивших оружие. Помимо ставшего традиционным наркотрафика, криминальные банды занимаются рэкетом, захватом заложников и контрабандой[2].

Следующей вехой, уже при президенте Сантосе, стало принятие в 2011 году Закона № 1448 о возмещении вреда потерпевшим и возвращении земель, принятого обеими палатами парламента и торжественно подписанного президентом в присутствии Генерального секретаря ООН Пан Ги Муна. Закон предоставлял компенсацию всем пострадавшим от конфликта, включая жертв партизан, вооружённых сил и «парамилитарес». Примерная численность получивших право на компенсацию составила 4 млн. человек, её максимальная сумма – 10 тысяч долларов. Для выплаты компенсаций был создан специальный фонд, который должен был пополняться за счёт ресурсов предприятий, политиков и частных лиц, признанных виновными в финансировании незаконных вооружённых формирований, а также вследствие конфискации незаконно приобретённой собственности. Помимо этого, важная роль отводилась моральному фактору – «праву на истину». С этой целью был создан Национальный центр исторической памяти, а 9 апреля было объявлено в Колумбии Национальным днём памяти и солидарности с жертвами репрессий[3].

И, наконец, в-третьих. Колумбийская модель переходного правосудия актуализировала старый принцип «нет мира без правосудия» (англ. no peace without justice). В силу этого значительное место в Картахенском мирном соглашении (63 страницы из почти

[1] Ibid. P. 110.

[2] *Ивановский З. В.* Указ. соч. С. 161.

[3] URL: https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ_Report_ColombiaReparationsChallenges_2015.pdf

300) отведено механизмам преодоления безнаказанности. По сути, целый раздел – раздел 5 под названием «Жертвы» представляет собой ни что иное, как ёмкое изложение процедур и институтов, лежащих в юридической и квазиюридической плоскости, с помощью которых можно осуществить переход («транзит») к мирной жизни. В их числе учреждение специальной комиссии по расследованию преступлений, допущенных всеми участниками в течение всего конфликта, поиск и опознание останков пропавших без вести, создание судов по военным преступлениям с участием судей-иностранцев (от этой идеи впоследствии было решено отказаться), выяснение правды о событиях и т. д. По этой причине если Закон № 975 называют первым, то соглашение 2016 года – финальным «аккордом» мирного урегулирования в Колумбии.

Однако так называемая «юридизация мира»[1] имеет и обратную сторону, которая заключается в том, что судебная власть в лице Конституционного Суда начинает активно вмешиваться в процесс достижения мира путём проверки законов, принятых в развитие мирного урегулирования, на соответствие Конституции страны. Так, для Конституционного Суда Колумбии данная функция в последние годы стала едва ли не основополагающей, сопоставимой по количеству рассмотренных дел и выработанных правовых позиций с классическими процедурами нормоконтроля. Достаточно сказать, что в отношении Закона № 975 только в 2006 году было вынесено 10 решений органа конституционной юрисдикции[2]. Преимущественно все они касались вопросов неэффективной защиты прав жертв, в том числе в аспекте балансирования этих прав с обязанностями правонарушителей.

Хотя в это и трудно поверить после всего сказанного об этой стране, тем не менее Конституционный Суд Колумбии считается одним из наиболее могущественных и влиятельных среди органов конституционной юстиции стран Латинской Америки[3]. Напомним, что в 2010 году он запретил Урибе баллотироваться на

[1] Подробнее об этом феномене применительно к Колумбии см.: *Hillebrecht C., Huneeus A., Borda S.* The judicialization of peace // Harvard international law journal. 2018. Vol. 59. № 2. P. 279-330.

[2] *Restrepo E. M.* Op. cit. P. 108.

[3] URL: https://oxcon.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e524

третий срок, что выглядит непривычным и дерзким не только по колумбийским меркам[1]. Созданный в 1991 году – таким образом, он ровесник Конституционного Суда России – колумбийский Суд проявляет заметный активизм, когда дело касается прав пострадавших от вооружённого насилия. Например, творчески интерпретировав преамбулу к Конституции Колумбии, в которой говорится о «мирном сосуществовании» (исп. convivencia), Суд вывел новое коллективное право, а именно – право на мир, субъектом которого является весь колумбийский народ и которое относится к правам человека третьего поколения. С точки зрения Конституционного Суда «право на мир является также гражданской и институциональной обязанностью, заключающейся в достижении и поддержании мира в соответствии со статьёй 95 Конституции»[2]. В свою очередь, «каждый колумбиец вправе жить в условиях мирного сосуществования и гармонии, будучи свободным от произвольного насилия при решении любого спора»[3].

Не обошёл стороной Конституционный Суд и щекотливый вопрос об амнистии за преступления, совершённые в период вооружённого конфликта. Эта проблема имеет конституционную значимость ещё по той причине, что в статье 150.17 Конституции в принципе закреплена возможность амнистии за преступления, совершённые по политическим мотивам, однако при условии, что соответствующий законопроект будет поддержан не менее, чем двумя третями голосов депутатов обеих палат конгресса, и исключительно в интересах общественного спокойствия. По мнению Суда, амнистия обладает эффектом jus puniendi (лат. право наказания), означающим широкую дискрецию государства в наказании преступника вплоть до возможности «простить преступление». В практическом смысле закон об амнистии может преследовать, как минимум, три разных цели. Во-первых, препятствовать началу каких-либо уголовных расследований или выдвижению обвинений в будущем в отношении лиц, определённых законом в качестве

[1] Подробнее см.: *Posada-Carbo E.* Colombia after Uribe // Journal of democracy. 2011. Vol. 22. № 1. P. 137-151.

[2] *Gomez-Velasquez A.* The constitutional framework for transitional justice in Colombia // Opinion Juridica. 2015. Vol. 14. № 28. P. 25.

[3] Ibid. P. 26.

бенефициаров амнистии. Во-вторых, уже открытые расследования или производства в судах подлежат прекращению. В-третьих, если к моменту объявления амнистии соответствующие лица были осуждены, приговоры, вынесенные в их отношении, подлежат отмене[1].

Суд сказал своё веское слово и в отношении Картахенского мирного соглашения. 13 декабря 2016 года он провозгласил решение, согласно которому принятие актов, вытекающих из положений мирного договора, может осуществляться в ускоренной процедуре, которую совместно определят правительство Колумбии и FARC. Данная процедура свела к минимуму парламентские дебаты. Как следствие, двумя неделями позже был принят Закон № 1820 об амнистии, помиловании и специальном обращении (далее – Закон № 1820), а 4 апреля 2017 года аналогичная процедура была использована при принятии Законодательного акта № 01, предусматривающего создание комиссии правды, специального отдела по розыску пропавших без вести и судебных палат «Правосудие ради мира»[2].

Несомненно, одним из важнейших компонентов переходного правосудия является правосудие международное, прежде всего уголовное. Однако в случае с Колумбией необходимо учитывать, что правовая система этой страны находится под сильнейшим влиянием такого регионального игрока, как МАСПЧ. За время своей деятельности, начиная с 1979 года, он рассмотрел значительное количество споров, в которых в той или иной степени затрагивались вопросы правосудия переходного периода. Достаточно вспомнить его решения по делам *Гельман против Уругвая* и *Гомес Лунд и другие против Бразилии*, фактически поставившие крест на возможности амнистий за международные преступления. Более того, обозначенные решения легли в основу практики ЕСПЧ, столкнувшегося с аналогичной проблемой применительно к участникам Югославской войны 1991-1995 годов[3].

[1] Ibid. P. 28.

[2] *Olasolo H., Ramirez Mendoza J. M. F.* The Colombian integrated system of truth, justice, reparation and non-repetition // Journal of international criminal justice. 2017. № 15. P. 1015, 1016.

[3] *Антонов А., Евсеев А.* Амнистии в механизме переходного правосудия // Международное правосудие. 2019. № 1. С. 128.

К сожалению, Колумбия по понятным причинам давно находится в фокусе внимания Межамериканского суда. Однако только в 2018 году МАСПЧ решил высказаться по такой болезненной для колумбийского общества проблеме, как ложноположительные опознания (исп. falsos positivos). Дело в том, что когда президент Урибе объявил вознаграждение за каждого убитого бойца FARC, силовики и «парамилитарес» стали убивать ни в чём не повинных выходцев из беднейших семей, выдавая их впоследствии за погибших в боестолкновениях партизан и наркодилеров. В 2002-2010 годах жертвами таких действий стали, по меньшей мере, 1211 человек[1]. Колумбия признала свою международно-правовую ответственность за внесудебную казнь большинства жертв (по итогам специального расследования были уволены 27 высокопоставленных военных, включая трёх генералов), однако отказалась это сделать в деле К. А. Ува Веландии. При рассмотрении этого дела МАСПЧ впервые столкнулся с вопросом привлечения государства к ответственности за деяния ultra vires (лат. за пределами полномочий) должностных лиц. В связи с этим Суд указал следующее: «По общему правилу и согласно статье 7 принятого ООН Приложения Комиссии международного права об ответственности государств за международно-противоправные деяния поведение органа государства либо лица или организации, уполномоченных осуществлять элементы государственной власти, рассматривается как деяние этого государства, в том числе если указанные лица превышают свои полномочия или нарушают указания. Из этого правила есть единственное исключение в случае, если орган либо лицо не действует в данном качестве, то есть выступает как частное лицо…»[2].

Попутно МАСПЧ сформулировал своеобразный тест для уяснения того, было ли преступное деяние совершено как осуществление государственной власти: 1) находился ли государственный

[1] *Ивановский З.* Колумбия: мирный процесс и вызовы постконфликтного периода // Мировая экономика и международные отношения. 2020. Т. 64. № 1. С. 111.

[2] Цит. по: *Парра Вера О., Хесус Перес Э.* Межамериканский суд по правам человека: обзор практики за 2018 год // Международное правосудие. 2019. № 3. С. 12.

орган или служащий при исполнении или действовал по указанию начальства; 2) было ли рассматриваемое поведение связано с использованием обусловленных официальным положением государственного органа или служащего средств, включая полномочия, средства, оружие, оборудование, информацию; 3) существует ли вероятность того, что гражданские лица, включая жертву, думали, что государственный орган или служащий действует в официальном качестве, потому что, например, он был одет в служебную форму или вёл себя так, как будто действовал в официальном качестве ?[1] В конечном итоге, Суд признал ответственность Колумбии за смерть Ува Веландии, поскольку осуществление внесудебной казни было, несомненно, деянием лица, уполномоченного осуществлять элементы государственной власти, которое жертва могла разумно расценить как совершение деяния от имени государства.

Помимо МАСПЧ, Колумбия находилась в орбите внимания Прокурора МУС, который, начиная с июня 2004 года, осуществлял предварительное расследование предполагаемых военных преступлений, совершённых после 1 ноября 2009 года, и преступлений против человечности, совершённых после 1 ноября 2002 года.

По свидетельству известной исследовательницы П. Хэйнер, которая принимала непосредственное участие в переговорах в Гаване, ещё в ноябре 2010 года, вскоре после избрания президентом, Сантос собрал своих юридических советников, чтобы обсудить с ними серьёзную проблему – как сделать так, чтобы предварительное расследование, ведущееся в МУС, не навредило готовящимся мирным переговорам с FARC. Юристы предложили на выбор несколько альтернатив: 1) канцелярия Прокурора вполне может не возбуждать конкретные дела в силу оговорки Римского статута об «интересах правосудия»[2] на время проведения мирных перего-

[1] Цит. по: *Парра Вера О., Хесус Перес Э.* Межамериканский суд по правам человека: обзор практики за 2018 год // Международное правосудие. 2019. № 3. С. 12.

[2] Напомним читателям, что согласно части 1 статьи 53 Римского статута при принятии решения о начале расследования Прокурор МУС рассматривает, в том числе, следующий вопрос: «… c) с учетом тяжести преступления и интересов потерпевших, имеются ли, тем не менее, веские основания полагать, что проведение расследования не будет отвечать интересам правосудия».

воров; 2) Совет Безопасности ООН может принять резолюцию об отсрочке расследования или уголовного преследования на основании статьи 16 Римского статута; 3) Колумбия вовсе может выйти из Римского статута, что, впрочем, не будет препятствовать ретроактивному применению его норм к деяниям, которые имели место до момента выхода из-под юрисдикции МУС (надо сказать, что Колумбия ратифицировала Римский статут ещё в 2002 году, одной из первых на южноамериканском континенте); 4) Колумбия должна продемонстрировать, что она в состоянии расследовать серьёзные преступления, и тогда в силу принципа комплементарности МУС не будет проявлять чрезмерную активность. Сантос ответил: «Что ж, четвёртый вариант. Это наш единственный путь»[1].

Однако молодому президенту предстояло столкнуться с Прокурором МУС ещё раз. Дело в том, что пытаясь обезопасить мирный процесс от противодействия оппонентов, в 2012 году Сантос пытался добиться проведения через конгресс так называемого «Рамочного закона о мире», согласно которому уголовному преследованию подлежали не все, а только наиболее тяжкие преступления, совершённые в ходе конфликта, а прокуроры, соответственно, получали дискреционное право определять, какие деяния в каждом конкретном случае можно отнести к числу «наиболее тяжких». Причём данный Закон должен был распространяться как на бойцов FARC, так и на агентов государства.

Разумеется, подобный законопроект вызвал бурную реакцию. Известно, что Конституционный Суд указал на обязанность государства наказывать любые серьёзные преступления, а Межамериканская комиссия по правам человека опубликовала обширный отчёт, в котором подчеркнула неприемлемость избирательного подхода к уголовным преследованиям. Ситуация зашла в тупик. В августе 2013 года Прокурор МУС Ф. Бенсуда направила закрытое письмо председателю Конституционного Суда Колумбии, которое, учитывая специфику образа жизни в Латинской Америке, где «всё – секрет, но ничего не тайна», мгновенно стало достоянием общественности. Дело в том, что по законопроекту Сантоса предполагалось, что военные преступники будут получать условные сроки, которые никогда не превратятся в реальные, если они

[1] *Hayner P.* The peacemaker's paradox. N. Y.: Routledge, 2018. P. 201.

загладят ущерб, нанесённый жертвам, и расскажут всю правду о своей преступной деятельности. В своём письме Ф. Бенсуда настаивала на том, что практика вынесения условных приговоров лицам, совершившим преступления против человечности, является неприемлемой, впрочем, сделав при этом оговорку, что судьи МУС никогда специально не анализировали данную проблему, да и само международное право не даёт внятного ответа на этот вопрос.

Сантос, прозорливый диалектик и опытный популист, решил сыграть на антиатлантической риторике, обвинив коллективный Запад во вмешательстве во внутренние дела Колумбии. Поднявшаяся патриотическая волна сбила на какое-то время градус неприятия очередной мирной инициативы президента. И хотя в конечном итоге Конституционный Суд признал практику условных приговоров несовместимой с Конституцией, тем не менее «Рамочный закон о мире» был объявлен соответствующим Основному Закону[1]. Добавим к сказанному, что в 2021 году новый Прокурор МУС К. Хан, учитывая реальные достижения Колумбии на пути к миру, принял решение прекратить предварительное расследование в отношении колумбийского кейса.

Вместе с тем конкретные параметры уголовного преследования за преступления, совершённые в ходе гражданской войны, оставались неясными. Годом ранее, в августе 2012 года, в ходе начавшихся переговоров в Гаване лидеры FARC с порога заявили, что не доверяют национальной судебной системе и не собираются проводить в тюрьме «ни одного дня»[2]. И не удивительно, ведь все они были осуждены in absentia, и в случае возвращения на контролируемую правительством часть Колумбии им грозили длительные тюремные сроки. Более того, «фарчане» однозначно поддерживали идею международного уголовного трибунала ad hoc, однако впоследствии их удалось убедить в том, что сегодня, когда существует МУС, мировое сообщество никогда не пойдёт на создание столь дорогостоящего и логистически сложного проекта, как международный трибунал по Колумбии. Сыграл определённую роль аргумент и о том, что если в национальной судебной

[1] Ibid. P. 202.

[2] Ibid. P. 204.

системе подсудимым можно будет добиться амнистии или, по крайней мере, резкого снижения срока тюремного заключения по сравнению с тем, которое изначально закреплено в соответствующей санкции, то прийти к аналогичному результату в международном трибунале будет, скорее всего, невозможно[1].

Наконец, последним «камнем преткновения» стал вопрос об участии в отправлении правосудия международных судей или, точнее сказать, судей-иностранцев, специализирующихся на международном уголовном и международном гуманитарном праве. В первоначальной редакции Картахенского соглашения, вынесенной на референдум 2 октября 2016 года, предусматривалось, что состав судебных палат «Правосудие ради мира» будет насчитывать 24 судьи, из которых 16 будут колумбийцами, а 8 – иностранцами. Все они будут избираться Комитетом по отбору (исп. Comite de Escogencia), куда будут входить по 5 представителей от генерального секретаря ООН, председателя ЕСПЧ, международной неправительственной организации «Международный центр переходного правосудия», палаты по уголовным делам Верховного Суда Колумбии и Совета ректоров государственных университетов[2]. Таким образом, это должен был быть типичный интернационализированный («гибридный») суд, в работе которого, наряду с национальными судьями, принимали бы участие иностранные судьи и прокуроры. По общему правилу дела, разрешённые гибридными судами, не подлежат пересмотру какой-либо национальной судебной инстанцией. Подобного рода структура, осуществляющая правосудие не где-нибудь в Гааге, а непосредственно на постконфликтной территории, считается новым словом в международном уголовном правосудии, пришедшим на смену «судам победителей» типа Нюрнберга или дорогостоящим трибуналам ad hoc наподобие трибуналов по бывшей Югославии или Руанде[3].

Однако проект соглашения, к ужасу и недоумению его создателей, провалился на референдуме. Как следствие, пришлось проводить его через конгресс, для чего было необходимо заручиться

[1] Ibid. P. 205.

[2] *Olasolo H., Ramirez Mendoza J. M. F.* Op. cit. P. 1026, 1027.

[3] Подробнее см.: *Евсеев А.* Гибридные суды как институт транзитивного правосудия // Международное правосудие. 2017. № 3. С. 47-61.

поддержкой оппозиционных партий. Достичь этого, в свою очередь, было бы невозможно без поиска консенсуса, своего рода сделки (исп. acuerdo), при заключении которой, как известно, неизбежно приходится жертвовать чем-то одним, чтобы получить взамен что-то другое. Парламентское голосование не является в этом отношении исключением.

В конечном итоге, от привлечения иностранцев к работе в палатах «Правосудие ради мира» пришлось отказаться. Они могут выступать исключительно в статусе «друзей суда» (лат. amicus curiae). На сегодняшний день таковых насчитывается 10 человек: 3 из Перу и по 1 из Чили, Испании, Швейцарии, Эквадора, ФРГ (им стал известный учёный-международник К. Амбос, с 2017 года занимающий пост судьи специальной судебной палаты по Косово), Мексики и США. Вместе с тем этим «друзьям суда» были существенным образом расширены полномочия. Если классический amicus curiae довольствуется предоставлением суду своего письменного заключения о проблеме, подлежащей разрешению в судебном порядке, так называемого amicus brief, и реже – выступлением в ходе слушаний, то иностранные юристы в системе «Правосудие ради мира» вправе принимать участие в совещании судей, но лишены права голосовать за тот или иной проект решения. Впрочем, следует отметить, что к их услугам колумбийские судьи пока не прибегали ни разу[1].

Зато иностранный элемент сохранился в Комитете по отбору. Так, в его состав входят такие авторитетные юристы, как бывший председатель МАСПЧ Д. Гарсия-Саян, бывший специальный докладчик ООН по вопросу о пытках Х. Мендес и хорошо известный в нашей стране благодаря многочисленным поездкам в Чечню А. Хиль-Роблес, занимавший в 1999-2006 годах пост комиссара по правам человека Совета Европы[2]. Сейчас в суде, помимо 10 «друзей суда», насчитывается 38 судей (из них 18 – в первой инстанции и 20 – во второй), из которых больше половины – женщины, а также 16 прокуроров[3].

[1] *Ambos K., Aboueldahab S.* The Colombian peace process and the Special Jurisdiction for Peace // Diritto penale contemporaneo. 2018. № 4. P. 259.

[2] Ibid. P. 262.

[3] URL: https://www.jep.gov.co/JEP/Paginas/Salas-de-la-JEP.aspx (дата обращения: 28.08.2020).

Комплексная система правды, правосудия, возмещения ущерба и неповторения (исп. Sistema integral de verdad, justicia, reparacion y no repeticion, далее – Комплексная система) представляет собой уникальную попытку национальных властей создать максимально целостный механизм переходного правосудия, учитывающий все традиционные элементы последнего: уголовное преследование, установление истины, репарации пострадавшим и «проработку прошлого». В частности, она предполагает: а) амнистию и помилование для бойцов FARC, а также специальное обращение для агентов государства; б) учреждение Комиссии по установлению истины, мирному сосуществованию и неповторению (исп. Comision para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repeticion), а равно специальных палат «Правосудие ради мира» (исп. Jurisdiccion Especial para la Paz, далее – JEP); в) репарации невинно пострадавшим, а также создание специального отдела по розыску пропавших без вести (исп. Unidad especial para la busqueda de personas dadas por desaparecidas); г) помимо этого, в составе Генеральной прокуратуры (исп. Fiscalia general de la nacion) организуется отдел по расследованию и ликвидации преступных организаций для осуществления уголовного преследования[1]. Остановимся на них подробнее.

Амнистия участников конфликта. Проблема амнистии участников вооружённой борьбы по праву считается одной из сложнейших на пути к миру. С одной стороны, без гарантий безопасности, предоставляемых государством членам антиправительственных формирований, наивно рассчитывать, что те захотят сложить оружие. С другой – международные юрисдикционные органы, в том числе на латиноамериканском континенте, неоднократно подчёркивали недопустимость амнистии за международные преступления, кем бы они ни совершались[2]. По этой причине каждая страна вынуждена самостоятельно искать свой путь решения данной дилеммы. Например, в чём-то схожая с Колумбией Аргентина после падения военной диктатуры в 1983 году провозгласила амнистию покидавшим Президентский дворец военным, совершившим

[1] *Olasolo H., Ramirez Mendoza J. M. F.* Op. cit. P. 1018.

[2] См.: *Антонов А., Евсеев А.* Амнистии в механизме переходного правосудия. С. 128, 129.

в ходе «грязной войны» тягчайшие преступления против собственного народа (массовые убийства лидеров оппозиции, «полёты смерти», похищение детей и т. д.). Более того, эта амнистия была одним из основных условий мирной передачи власти демократически избранному президенту Р. Альфонсину. В политологии такого рода сделка получила название «пакта элит»[1]. Однако новый президент К. Менем пересмотрел условия этой сделки, фактически возобновив в 1998 году уголовное преследование генерала Х. Виделы со товарищами. В условиях же открытого вооружённого противостояния правительственных сил с партизанскими отрядами ни о каком «пакте элит» речь вестись не может по определению.

В конечном итоге, при выборе модуса амнистии, приемлемого для колумбийцев, было решено остановиться на южноафриканской модели. Её суть, образно говоря, сводится к формуле «покупка правды в обмен на правосудие» (англ. trade justice for truth)[2]. Имеется в виду, что те, на ком лежит вина за преступления, совершённые в ходе конфликта, имеют право просить об амнистии. Но для этого они должны публично признаться в содеянном и рассказать всё, что знают. Если компетентный орган (в данном случае – судебная палата «Правосудие ради мира») сочтёт, что их свидетельства хорошо раскрыли обстоятельства случившегося, а сами действия подсудимых были политически мотивированы, а не диктовались личной ненавистью, они вправе рассчитывать на снисхождение.

Как видим, южноафриканская модель амнистии и шире – переходного правосудия условно противостоит нюрнбергской, при которой общество чётко знает имена виновных, вынужденных предстать перед судом и понести заслуженное наказание. Однако мало кто может поспорить с тем, что нюрнбергская модель, которую ещё можно представить в случае победы одного государства над другим, оказывается мало эффективной в условиях внутреннего вооружённого конфликта, при котором, как метко заметил В. Гавел, «виноваты все» (англ. all of us are responsible).

Таким образом, в Колумбии юридические средства достижения мира вращаются вокруг презумпции признания исполнителя. В за-

[1] Там же. С. 130.

[2] *Эппле Н.* Указ. соч. С. 198.

висимости от того, каковы будут признательные показания лиц, совершивших международные преступления, такой и будет их дальнейшая судьба. Причём данный механизм был апробирован колумбийскими властями ещё при реализации Закона № 975, призванного помочь, как мы помним, разоружению «парамилитарес». Тогда руководство AUC передало в офис президента Урибе имена 4000 боевиков, замешанных в убийствах, пытках, насильственных исчезновениях и т. д. Эти лица должны были добровольно разоружиться и сдаться на милость властям. Спустя некоторое время их ждало закрытое судебное разбирательство, в ходе которого они обязаны были дать максимально полные и правдивые показания обо всех эпизодах своей преступной деятельности, а также ответить на дотошные вопросы судьи, который был не вправе ограничивать подсудимых во времени. По этой причине судебные заседания (исп. versiones libres) иногда длились несколько недель кряду. Жертвы предполагаемых преступлений находились в соседней комнате и могли передавать вопросы судье, чтобы тот задал их подсудимым, однако не могли участвовать в судоговорении. Затем следовала открытая часть процесса, куда допускалась публика и в ходе которой прокурор получал возможность скорректировать свои обвинения, а жертвы – задать некоторые уточняющие вопросы. Наконец, если судья приходил к выводу, что даны исчерпывающие показания, он назначал наказание от 5 до 8 лет лишения свободы и отдельно определял размер ущерба, подлежащий возмещению подсудимым. Если же разоружившийся «парамилитарес» отказывался давать признательные показания, то в таком случае его ждало обычное судебное разбирательство, по результатам которого он мог быть присуждён к нескольким десяткам лет лишения свободы (таковы особенности Уголовного кодекса Колумбии 1980 года и правил назначения наказания, предусмотренных в нём)[1].

Что же мы видим сегодня ?

Закон № 1820 выделяет несколько категорий лиц, которые вправе рассчитывать на снисхождение: а) члены FARC, причём как те, чьи имена содержатся в списках, переданных властям, так и те, которые уже осуждены и содержатся в местах лишения свободы,

[1] *Hayner P.* Op. cit. P. 197, 198.

при условии, что они покинут ряды герильи, разоружатся и дадут письменное обязательство никогда более не посягать на конституционный правопорядок; б) индивиды, обвинённые в совершении политических преступлений в связи с гражданским неповиновением и иными нарушениями общественного порядка; в) государственные служащие, обвинённые, наказанные либо идентифицированные как ответственные за преступления, совершённые в прямой или косвенной связи с вооружённым конфликтом. Кроме того, Законодательный акт № 01 дополнил этот перечень теми, кто ответственен за косвенное участие в конфликте, например, путём предоставления материальной поддержки любой из сторон[1].

Справедливости ради отметим, что на полную амнистию могут рассчитывать лишь те граждане, которые совершили так называемые политические преступления (исп. crimen conexos). Эта категория имеет глубокие корни в колумбийском уголовном праве и касается преимущественно тех преступлений, которые осуществлены с целью «изменения государства и общества в сторону альтернативного и лучшего будущего»[2], а не с целью личного обогащения. Среди них, например, политически мотивированные подделка документов, незаконное внедрение в каналы связи, клевета и даже заговор с намерением захвата государственной власти. Этой категории противопоставляются «тягчайшие преступления» (исп. crimen atroz), «акты жестокости и варварства», которые ни при каких обстоятельствах не могут быть прощены государством[3]. К числу последних как раз относятся международные преступления, как они предусмотрены в Римском статуте МУС.

Соответственно все участники военных преступлений или преступлений против человечности должны добровольно признаться в этом перед судебной палатой «Правосудие ради мира», что повлечёт наказание в виде ограничения свободы от 5 до 8, а в менее тяжких случаях – от 2 до 5 лет. Подобного рода ограничение свободы требует проживания во «временных региональных зонах

[1] *Olasolo H., Ramirez Mendoza J. M. F.* Op. cit. P. 1019, 1020.

[2] *Ambos K., Aboueldahab S.* Op. cit. P. 258.

[3] Подробнее см.: *Aponte Cardona A.* Criminal prosecution of international crimes: the Colombian case // International criminal law review. 2010. № 10. P. 558-560.

нормализации», не обязательно в тюрьме. Те, кто не признается добровольно, станут объектом расследования и в случае установления вины им грозит наказание сроком до 20 лет лишения свободы. Те же, кто признают вину во время судебного разбирательства, но до вынесения приговора, могут быть осуждены к лишению свободы от 5 до 8 лет, которое будут отбывать в тюрьме (исп. carcel)[1].

Комиссия по установлению истины. Следующим элементом Комплексной системы выступает Комиссия по установлению истины, мирному сосуществованию и неповторению, которая представляет собой классический пример «комиссии правды». Последняя характеризуется следующими чертами: а) сосредоточена на прошлом, а не на современных событиях; б) занята расследованием не конкретного события, а событий, происходивших на протяжении ограниченного периода времени; в) представляет собой временное образование, задачей которого является подготовка доклада на основе своих расследований; г) официально уполномочена властями государства, в котором работает[2].

По верному слову Н. Эппле, «комиссии правды и примирения почти никогда не открывают чего-то принципиально нового и ранее неизвестного обществу. Их задача состоит скорее в легализации широкого признания факта прошлых преступлений»[3]. Колумбийская комиссия правды не является в этом отношении исключением. Более того, сотрудничество с ней выступает одним из условий амнистии, описанной нами выше. Примечательно, что Комиссия пытается привлечь к своей работе не только лиц, подлежащих амнистии на основании Закона № 1820, прежде всего бывших «фарчан» и военнослужащих колумбийской армии, но и бывших «парамилитарес», которые получили сокращённое наказание в силу Закона № 975, отбыли его, но чьи показания по-прежнему актуальны для создания как можно более полной картины всего, что происходило в Колумбии на протяжении последних пятидесяти лет.

В этой связи отнюдь не праздным выглядит вопрос, можно ли ссылаться на уличающие конкретных лиц факты, ставшие известными в ходе работы комиссии, при осуществлении уголовного преследования. После длительной дискуссии, которая началась ещё на стадии подготовки мирного соглашения, было решено, что информация, полученная комиссией, не может быть использована в интересах правосудия[1]. Это сделано для того, чтобы лица, сотрудничающие с комиссией как из числа преступников, так и из числа жертв, были предельно откровенны при даче показаний, ибо в данном случае важно не уличить конкретного человека в противоправном поведении, а сконструировать некую модель наиболее типичных преступлений, имевших место в ходе конфликта. Впрочем, никто не будет мешать отделу по расследованиям и обвинению, действующему при специальных палатах «Правосудие ради мира», ссылаться на итоговый доклад комиссии, который должен быть подготовлен в трёхлетний срок с момента её основания.

В отличие от аналогичных структур в других странах континента колумбийская комиссия правды пытается исследовать региональную динамику конфликта, иными словами, то, каким образом систематическое насилие коснулось различных слоёв населения (индейцев, женщин, членов крестьянских общин и т. д.), проживающих главным образом в сельве и отдалённых сельских районах. Необходимо учитывать, что в одной из богатейших стран Латинской Америки до сих пор нет нормального дорожного сообщения между регионами. По свидетельству очевидцев, в Колумбии тысячи деревень, от которых плыть по рекам до ближайшей школы или больницы можно 8-10 часов, и даже путь от Боготы до Медельина, которые разделены всего 247 км, в условиях бездорожья может занять столько же времени[2]. Вот почему трёхлетний мандат комиссии кажется многим аналитикам явно недостаточным, чтобы за столь короткий срок собрать информацию о конфликте, который затронул практически все 32 департамента страны и виктимизировал едва ли не 15 % всего взрослого населения[3].

Более того, при действующем президенте И. Дуке всерьёз заговорили о том, чтобы лишить комиссию права доступа к конфиден-

[1] Вибір заради справедливості: Посібник зі створення механізмів притягнення до відповідальності за найтяжчі злочини. С. 258.

[2] *Эппле Н.* Указ. соч. С. 477.

[3] Там же. С. 482.

[1] *Hayner P.* Op. cit. P. 210.

[2] URL: https://scepsis.net/library/id_3815.html

[3] *Olasolo H., Ramirez Mendoza J. M. F.* Op. cit. P. 1040.

циальной информации, касающейся национальной безопасности[1]. Однако очевидно, что подобное ограничение её компетенции негативно отразится на качестве общественного расследования, проводимого комиссией. Фактически вся информация о конфликте, лицах, виновных в его развязывании, и исполнителях, совершивших международные преступления, особенно из числа военнослужащих и сотрудников правоохранительных органов, в той или иной степени касается «национальной безопасности». А значит, засекречивание этой информации от членов комиссии сведёт на нет все усилия по установлению исторической правды и так называемому «праву знать» (англ. right to know), которое в последние годы всё чаще рассматривается в качестве самостоятельного права человека.

Компенсационные выплаты пострадавшим. Современные представления о переходном правосудии исходят из того, что главным действующим лицом национального примирения является жертва, то есть лицо, пострадавшее в результате вооружённого конфликта. По сути дела, вся процессуальная инфраструктура переходного правосудия направлена не столько на наказание виновных, сколько на восстановление нарушенных прав и компенсацию нанесённого ущерба жертвам массового насилия. Этим, кстати говоря, переходное правосудие, при всей своей экзотичности, ни чем не отличается от общепроцессуальных тенденций, которые характеризуются постепенным переходом от карательной к восстановительной (англ. restorative) модели судопроизводства. Не случайно поэтому многие исследователи темы убеждены, что компенсационные выплаты пострадавшим представляют собой conditio sine qua non транзитивного правосудия.

Значительное внимание интересам жертв было уделено ещё на стадии подготовки Картахенского соглашения. Мало кто знает, что Р. Кастро предложил эффектный ход: пусть на переговорах будут присутствовать несколько десятков пострадавших от конфликта, и когда стороны зайдут в тупик, они обратятся за советом к жертвам, ради которых, строго говоря, всё это затевалось, и как бы перепроверят легитимность своей позиции. В результате вышло так, что однажды жертва узнала своего мучителя – в составе

[1] *Ambos K., Aboueldahab S.* Op. cit. P. 261.

правительственной делегации находился генерал, который как раз командовал «зачисткой» той местности, откуда пострадавший был родом[1]. Да и позднее, когда проект мирного соглашения был вынесен на всенародное обсуждение, с благословения Святого Престола (более 90 % колумбийцев – ревностные католики) был открыт специальный интернет-портал, куда жертвы конфликта могли направлять свои предложения и обмениваться мнениями о ходе мирного урегулирования. В конечном счёте, результаты превзошли даже самые смелые ожидания – 23 тысячи человек, главным образом пострадавшие от боевых действий, направили свои замечания к проекту соглашения и приняли участие в его обсуждении[2].

Справедливости ради отметим, что подавляющее большинство мер, имеющих репарационную природу, носят коллективный, а не индивидуальный характер. Это объясняется тем, что по логике Комплексной системы возмещение ущерба, нанесённого конкретным лицам, ложится на плечи самого преступника, стремящегося к амнистии или, по крайней мере, назначению менее строгого наказания. В силу этого из всего арсенала репарационных мер тесно связаны с личностью пострадавших только реституция незаконно конфискованного имущества и психологическая помощь. Во всех остальных случаях репарации носят коллективный характер. К числу последних можно отнести создание специального фонда, который путём выкупа за государственный счёт пустующей земли в течение первых десяти лет своего существования бесплатно или при помощи льготных субсидий распределит между безземельными, малоземельными крестьянами и другими особо нуждающимися категориями населения 3 млн. гектаров. Первыми бенефициарами этой программы станут семьи, лишившиеся земли из-за войны, жертвы конфликта и жители наиболее бедных районов.

В том же ряду находится инициатива колумбийского правительства по созданию в 16 зонах страны, особо пострадавших от конфликта, особых избирательных округов, откуда в течение двух избирательных сроков будет избираться по одному представителю в нижнюю палату парламента. Все они должны быть жителями или беженцами из этих зон. Важно, что в целях снижения полити-

[1] *Hayner P.* Op. cit. P. 206, 207.

[2] Ibid. P. 207.

ческой напряжённости FARC получает возможность участвовать в легальном политическом процессе благодаря тому, что независимо от количества поданных голосов на два ближайших избирательных срока за политической силой, представляющей бывших партизан (таковой на сегодняшний день является партия «Всеобщая революционная альтернативная сила», получившая на выборах 2018 года менее 1 % голосов), резервируются 5 депутатских мест в Палате представителей и 5 – в Сенате.

Наиболее выразительным лицом Комплексной системы является, конечно, её судебная ветвь. JEP начал свою работу 15 марта 2018 года и должен проработать минимум 10 лет с возможностью продления срока своего существования ещё на 5 лет, но в общей сложности не более 20 лет. Целью судебных палат, как сказано в Законе № 1957 от 6 июня 2019 года, является реализация прав жертв на правосудие, раскрытие правды колумбийскому обществу, защита прав жертв, участие в деле воцарения прочного и длительного мира, а также вынесение решений, обеспечивающих юридическую определённость в отношении тех, кто принимал прямое или косвенное участие во внутреннем вооружённом конфликте с особым упором на те деяния, которые в контексте этого конфликта представляют собой грубые нарушения международного гуманитарного права или серьёзные нарушения прав человека[1].

Предметная юрисдикция суда (ratione materiae) распространяется на преступления против человечности, геноцид, серьёзные военные преступления – любые нарушения международного гуманитарного права, систематически совершаемые в рамках плана или политики, в частности: взятие заложников и другое незаконное лишение физической свободы, пытки, внесудебные казни, насильственные исчезновения, грубое сексуальное обхождение и другие виды сексуального насилия, похищение детей, насильственные перемещения и вербовку детей-солдат. Персональная юрисдикция (ratione personae) охватывает демобилизовавшихся бойцов FARC и агентов государства. Кроме того, она распространяется на лиц, которые прямо или косвенно участвовали в конфликте и добровольно сообщили об этом суду. Вместе с тем президент Дуке ещё в октябре

[1] *Valinas M.* The Colombian special jurisdiction for peace // Journal of international criminal justice. 2020. № 18. P. 451.

2018 года заявил о необходимости вывести военнослужащих колумбийской армии из-под общих процедур JEP, создав для них в рамках этой юрисдикции «специальные палаты»[1]. Очевидно, что в данном случае Дуке наследует заветам своего «духовного отца» - бывшего президента Урибе, известного категорическим неприятием самой идеи диалога с FARC. Стоит ли говорить о том, что создание некоего привилегированного режима расследования преступлений представителей вооружённых сил нарушает процессуальный принцип «равенства оружия» и трансформирует JEP из суда над военными преступниками в суд над FARC. Наконец, временная юрисдикция (ratione temporis) рассчитана на указанные выше преступления, совершённые до 1 декабря 2016 года (официальная дата вступления Картахенского мирного соглашения в силу). Исключение может быть сделано для тех преступлений, которые были совершены непосредственно в период демобилизации «фарчан» после 1 декабря 2016 года, либо в отношении так называемых длящихся преступлений (исп. crimen continuos), которые были начаты до 1 декабря 2016 года, однако продлились сверх этой даты[2].

Система «Правосудие ради мира» содержит в себе две инстанции: первую, состоящую из трёх судебных палат (исп. Salas de justicia), и вторую, именуемую «Трибуналом мира», в составе которой четыре палаты (исп. Secciones del tribunal para la paz). Соответственно «Трибунал мира» выполняет функции апелляционной инстанции, но не только их. Помимо этого, в составе суда действует отдел по расследованию и обвинению, призванный олицетворять собой обвинительную власть.

Итак, первая инстанция объединяет три палаты: Палату по признанию правды и ответственности, Палату по амнистии и помилованию и Палату по определению юридических ситуаций. Во второй инстанции действуют Палата по делам о признании правды и ответственности, Палата по делам о непризнании правды и ответственности, Палата по пересмотру приговоров, а также собственно Апелляционная палата[3].

[1] *Ambos K., Aboueldahab S.* Op. cit. P. 261.

[2] Ibid. P. 257.

[3] URL: https://www.icj.org/wp-content/uploads/2020/05/Colombia-Jurisd-para-la-paz-PUBLICATIONS-Reports-Fact-finding-mission-report-2019-ENG.pdf

Производство начинается в Палате по признанию правды и ответственности, в которой слушаются наиболее серьёзные и репрезентативные преступления. Отбор дел для рассмотрения производится на основании соответствующей «Стратегии», утверждённой Палатой 28 июня 2018 года. Кстати сказать, принятие документа такой значимости не законодателем и даже не высшей инстанцией в рамках JEP, а всего лишь одной из палат первого уровня вызвало серьёзные нарекания среди юридической общественности страны. Как бы там ни было, Палата получает информацию о преступлениях из официальных докладов государственных органов и неправительственных организаций, прежде всего ассоциаций жертв преступлений (исп. comparecientes). Надо сказать, что в отличие от судебных разбирательств, предусмотренных Законом № 975, в системе «Правосудие ради мира» лица, пострадавшие от международных преступлений, наделены широким перечнем процессуальных прав. В частности, они вправе требовать не только возмещения причинённого им ущерба и предлагать план репараций в каждом конкретном случае, но и предъявлять доказательства, ходатайствовать о назначении защитных мер, высказывать своё мнение при отборе Палатой дел для рассмотрения и т. д.[1]

Затем Палата проводит слушания, на которых обязательно должны присутствовать жертвы преступлений. Напомним читателям, что присутствие виновного обусловлено его участием в процессе разоружения, сдачей официальным властям и последующим сотрудничеством с комиссией правды, и по общему правилу не требует каких-либо дополнительных усилий правоохранительных органов по его изобличению. В случае признания вины и готовности возместить нанесённый ущерб Палата подготавливает соответствующую резолюцию с выводами, которая передаётся в вышестоящую инстанцию, а именно аналогичную Палату Трибунала мира. После так называемого «диалогического процесса» (англ. dialogical trial), в ходе которого подсудимый вновь рассказывает о своей преступной деятельности и подтверждает своё намерение возместить ущерб, причинённый конкретному лицу или территориальной общине, указанная Палата определяет его судьбу. При этом если признание имело место ещё до передачи дела в Палату

[1] Ibid.

по признанию правды и ответственности, то Палата второй инстанции назначает подсудимому наказание в виде ограничения свободы от 5 до 8 лет. Если же признание вины имело место только в ходе слушаний в Трибунале мира, то в таком случае лицо будет присуждено к 5-8 годам лишения свободы. Если же лицо вовсе отказывается признать вину, то Палата второй инстанции передаёт дело в отдел по расследованию и обвинению, который, в свою очередь, направляет дело в Палату по делам о непризнании правды и ответственности, где происходит обыкновенный состязательный процесс по правилам Уголовно-процессуального кодекса Колумбии 2004 года, вследствие которого лицо может быть приговорено к лишению свободы на срок от 15 до 20 лет. Кроме того, если Палата придёт к выводу, что соответствующее преступление является менее серьёзным и репрезентативным, чем того требует природа юрисдикции «Правосудие ради мира», она может вернуть дело обратно на первый уровень, в Палату по определению юридических ситуаций.

Палата по амнистии и помилованию предоставляет юридические льготы тем, кто подпадает под действие Закона № 1820. Она также ответственна за временное и условное освобождение бывших «фарчан» с последующей передачей их дел в Палату по признанию правды и ответственности для дальнейшего производства. Как помнит читатель, Палата по определению юридических ситуаций занимается менее серьёзными и репрезентативными преступлениями тех лиц, чьё участие в конфликте не было решающим. Она определяет, в частности, целесообразно ли привлекать конкретное лицо к уголовной ответственности. Например, именно эта Палата определяет дальнейшую судьбу так называемых третьих лиц конфликта – невоенных агентов государства и гражданских лиц[1].

Расследование в отношении конкретного фигуранта всегда ведётся в рамках одного из так называемых макро-дел (исп. macro-casos). На сегодняшний день таковых насчитывается семь: дело № 001 посвящено незаконному похищению людей бойцами FARC в течение 1993-2012 годов, обвиняемыми по нему проходят 32 ли-

[1] *Valinas M.* Op. cit. P. 452, 453.

дера этой организации[1]; дело № 002 касается грубых нарушений прав человека в департаменте Нариньо в 1990-2016 годах, обвиняемыми по нему проходят бывшие «фарчане» и колумбийские военнослужащие; дело № 003 – дело о ложноположительных опознаниях; дело № 004 касается массовых нарушений прав человека в регионе Ураба на протяжении 1986-2016 годов, обвиняемые по нему аналогичны обвиняемым в деле № 002; дело № 005 касается грубых нарушений прав человека в департаменте Каука в течение 1993-2016 годов, обвиняемыми являются снова «фарчане» и военнослужащие; дело № 006 касается насилия в отношении членов организации «Патриотический союз» (в конце 1980-х годов, на волне надежд, вызванных мирными инициативами президента Б. Бетанкура, левые радикалы попытались принять участие в легальной политической борьбе, организовав вышеназванную партию. В конечном итоге, на её членов началась неприкрытая охота со стороны «парамилитарес» и наркокартелей братьев Кастаньо, в результате которой погибли несколько сот человек, включая основателя партии Х. Леаля и её кандидата на пост президента М. Варгаса, занимавшего одновременно пост генерального секретаря Коммунистической партии Колумбии); дело № 007 – вербовка детей-солдат, обвиняемыми по нему проходят бывшие «фарчане»[2]. Несложно заметить, что из 7 дел трое имеют ярко выраженную территориальную специфику, что объясняется стремлением JEP и в целом Комплексной системы сформулировать территориально ориентированный взгляд на проблему вооружённого насилия, как это вытекает из положений Картахенского соглашения.

К сожалению, объём монографии не позволяет осветить деятельность JEP во всём многообразии процедур его деятельности. Хотелось бы только бегло остановиться на некоторых моментах, заметно подорвавших доверие колумбийцев к зарождающейся судебной юрисдикции. Прежде всего речь идёт о деле бывшего команданте Х. Сантрича, входившего в делегацию FARC на переговорах в Гаване и ставшего после выборов 2018 года членом

[1] Всего же на сегодняшний день в похищениях людей с целью выкупа подозреваются 4132 бывших «фарчанина».

[2] URL: https://www.icj.org/wp-content/uploads/2020/05/Colombia-Jurisd-para-la-paz-PUBLICATIONS-Reports-Fact-finding-mission-report-2019-ENG.pdf

парламента по квоте этой политической силы. Вскоре после своего избрания он был арестован в Боготе по обвинению в экспорте кокаина в США. Поскольку ему инкриминировались эпизоды, имевшие место в январе 2017 года, то, на первый взгляд, они не подпадали под юрисдикцию JEP в силу критерия ratione temporis. Тем не менее суд получил доступ к доказательствам и открыл производство. Возникла серьёзная юридическая коллизия, которая в континентальном праве получила название kompetenz-kompetenz, то есть спор о компетенции суда по определению круга своей ответственности. Точку в этом конфликте поставил Конституционный Суд, который в июне 2018 года подтвердил юрисдикцию JEP в данном деле и недвусмысленно обязал Генерального прокурора передать туда досье на Сантрича. Однако Генеральный прокурор Н. Умберто Мартинес демонстративно отказался это сделать, опасаясь, видимо, того, что Сантрич сможет попасть под амнистию как бывший комбатант FARC[3]. В конце концов, спустя год Сантрич заявил, что он и его люди возобновляют вооружённую борьбу. В настоящее время местонахождение высокопоставленного «фарчанина» неизвестно.

Во-вторых, ещё при подготовке мирного соглашения было оговорено, что новая система правосудия не позволит экстрадировать соотечественников в США, даже если на этом будет настаивать Вашингтон. Это существенным образом отличает Комплексную систему от той модели переходного правосудия, которая была заложена, скажем, в Законе № 975, позволявшей экстрадировать «парамилитарес». Особенно важен этот момент был для делегации FARC, добившихся, в конечном итоге, включения этой нормы в текст соглашения. Однако сухие цифры свидетельствуют, что из 58 заявлений о неэкстрадиции, поданных через систему «Правосудие ради мира», удовлетворено было лишь одно (как раз заявление Сантрича).

В завершение немного статистики. Через специальную юрисдикцию «Правосудие ради мира» прошли в общей сложности 12526 человек, из них 2211 (17 %) – силовики (военные и полицейские), 9706 (79 %) – бывшие партизаны FARC, 609 (5 %) – иные, в том числе гражданские участники конфликта. 1529 из 2059 во-

[3] *Ambos K., Aboueldahab S.* Op. cit. P. 260, 261.

енных, обратившихся в JEP, получили снисхождение. Из них 104 человека обратились в суд по собственной инициативе, чтобы рассказать правду. При этом прокуратура ведёт ещё 103224 расследования, связанных с войной, из которых 2311 расследований касаются так называемых третьих лиц, то есть гражданских участников конфликта, включая бывшего конгрессмена Д. Чара[1].

Несмотря на своеобразие ситуации, сложившейся в Колумбии после кровопролитной гражданской войны, всё же она позволяет определить некие общие закономерности, которые будут доминировать в постконфликтном урегулировании в ближайшие годы независимо от национальной специфики. И едва ли не первое место среди них занимает неприятие политической элитой и широкими массами «слепой» амнистии для участников вооружённой борьбы. В процессе миростроительства необходимо учитывать, что виновные в международных преступлениях должны понести заслуженное наказание, даже если в интересах скорейшей реинтеграции виновных в мирную жизнь санкции за эти преступления будут несколько мягче обычных. Во-вторых, на колумбийском примере становится очевидным, что в тех государствах, где власть более-менее контролирует ситуацию в стране, международному сообществу будет крайне непросто «продавить» идею участия в отправлении правосудия судей-иностранцев. Более вероятной представляется возможность участия иностранного элемента в качестве экспертов, «друзей суда», членов комитета по отбору будущих судей, но не в качестве полноценных носителей судебной власти. В-третьих, колумбийский опыт демонстрирует необходимость комплексного подхода к переходному правосудию. Иными словами, соответствующая правовая политика будет эффективной лишь тогда, когда она будет выбирать не какой-то один из элементов (например, только уголовное преследование), а обращаться ко всему арсеналу средств и процедур, которыми располагает переходное правосудие, как-то: установление истины, компенсационные выплаты пострадавшим, формулирование исторических нарративов конфликта, институциональные реформы правоохранительного сектора и т. д. Наконец, невольно напрашивается печальный вывод о том, что переходное правосудие как юридический компонент мирного урегулирования будет безнадёжно скомпрометировано в глазах общества, если ему не будут предшествовать прочные политические договорённости, достигнутые нередко при участии не просто международных посредников, а влиятельных внешнеполитических игроков, заинтересованных в благоприятном исходе достигнутых мирных договорённостей.

[1] URL: http://ideaspaz.org/media/website/infografia-jep.pdf

2.3. Новейшая история России в фокусе Европейского Суда по правам человека (на примере дела Литвиненко)

В деле *Картер против России*, которое было разрешено ЕСПЧ 21 сентября 2021 года, словно в фокусе, сконцентрировалось всё то худшее, что характеризовало 1990-е и последующие годы в России: необходимость для кадровых офицеров силовых структур «подрабатывать» на стороне, чтобы иметь минимальные средства к существованию, активное вмешательство крупного бизнеса в политический процесс, пришедшая с течением времени мстительная реакция условных «государственников» на такое вмешательство, вылившаяся, в конечном итоге, в возрождение советской практики убийств политических оппонентов за рубежом. И ко всем этим моментам ЕСПЧ должен был подойти не с политической или художественно-публицистической «оптикой», а исключительно с точки зрения требований и стандартов, заложенных в Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 года. Удалось ли ему это сделать, судить читателям.

Сразу оговоримся, что под именем «Картер» скрывалась гражданка РФ и подданная Великобритании М. Литвиненко, вдова бывшего подполковника ФСБ А. Литвиненко, погибшего в Лондоне в 2006 году в результате отравления радиоактивным изотопом «полоний-210». Когда в 2001 году Великобритания предоставила им убежище, супруги воспользовались правом изменить свои имена. Так М. Литвиненко стала Марией Анной Картер. Однако чисто британская фамилия заявительницы не могла сбить с толку журналистов, поскольку вся мировая общественность отдавала себе отчёт в том, с чьим именно делом столкнулся ЕСПЧ, - делом,

которое обещало стать одним из наиболее сложных и значимых в истории Суда.

Как известно, обвинения в убийстве А. Литвиненко были предъявлены Великобританией бывшим офицерам КГБ А. Луговому и Д. Ковтуну. При этом Луговой, который никогда не занимался политической деятельностью, спустя год после отравления Литвиненко был избран депутатом Государственной думы, получив парламентский иммунитет. По мнению многих, действуй Ковтун и Луговой в личном качестве, они бы никогда не обратились к такому изощрённому и опасному для них самих способу убийства, как отравление радиоактивным веществом, доступ к которому можно получить только при помощи государства. Как указывает Ж. Медведев, видный биолог и правозащитник, «наиболее дешёвый полоний производится помещением пластинок висмута в активный реактор канального типа РБМК. Большинство таких промышленных и экспериментальных реакторов было построено на территории СССР, и поэтому именно Россия является в настоящее время главным производителем коммерческого полония-210»[1]. Это, в свою очередь, наводило на мысль о том, что предполагаемые убийцы действовали с ведома или даже при поддержке официальных властей.

Масла в огонь подлило и то обстоятельство, что практика ликвидации оппонентов режима за рубежом не является чем-то новым для нашей страны. Непосредственно в тексте постановления Суда упоминаются политически мотивированные убийства последних лет – З. Яндарбиева в Катаре в 2003 году, З. Хангошвили в Германии в 2019 году, покушение на С. Скрипаля в той же Великобритании в 2018 году, на Е. Гебрева в Болгарии в 2015 году, странная история с попыткой покушения на президента Черногории М. Джукановича в 2016 году и ряд других (§ 118)[2]. Однако можно привести немало примеров из более далёкого прошлого, в частности, убийство Л. Троцкого в 1940 году, совершённое советским

[1] *Медведев Ж.* Полоний в Лондоне. М.: Молодая гвардия, 2008. С. 21.

[2] https://hudoc.echr.coe.int/rus#{%22fulltext%22:[%22\%22CASE%20OF%20CARTER%20v.%20RUSSIA\%22%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-211972%22]} Здесь и далее приводятся ссылки на параграфы данного постановления.

агентом Р. Меркадером, С. Бандеры – в 1959 году, болгарского диссидента Г. Маркова в 1978 году. Большие вопросы вызывает несчастный случай, унесший жизнь выдающегося русского поэта и диссидента А. Галича в 1977 году в Париже (его дочь до сих пор убеждена, что это было преднамеренное убийство[1]). Более того, за последние годы в российской печати появилось немало интересных публикаций о так называемой «токсикологической лаборатории НКВД – НКГБ - МГБ» под руководством Г. М. Майрановского, в которой разрабатывались яды для отравления противников советской власти[2].

Перед тем, как обратиться к анализу собственно Постановления, сделаем ещё несколько оговорок.

Во-первых, обращает на себя внимание звёздный состав адвокатской команды, которая представляла в ЕСПЧ интересы М. Литвиненко. В их числе У. Бауринг, известный российским читателям по книге «Деградация международного правового порядка ? Реабилитация права и возможность политики»[3], и, в особенности, Б. Эммерсон – легендарный британский барристер, который выступил консультантом Украины в девятой межгосударственной жалобе, поданной ею в ЕСПЧ против России.

Напомним, что 19 февраля 2021 года украинские власти подали жалобу, в которой обвинили Россию в продолжающейся административной практике, состоящей в санкционированных властями операциях по целенаправленному убийству предполагаемых оппонентов РФ как на её территории, так и на территории других государств, в том числе государств-членов Совета Европы, в ситуации отсутствия вооружённого конфликта. Кроме того, утверждается, что власти РФ применяли административную практику, заключающуюся в непроведении расследований этих убийств и в преднамеренном проведении операций, направленных на срыв попыток найти виновных, нарушая тем самым и материально-правовой, и процессуальный аспекты статьи 2 Конвенции (право на жизнь).

[1] *Галич А.* Дочь. М.: Зебра Е, 2021. С. 150-153.

[2] https://novayagazeta.ru/articles/2020/09/17/87138-tayna-laboratorii-iks-sovetskie-spetssluzhby-primenyali-smertelnye-yady-na-lyudyah

[3] См.: *Бауринг Б.* Деградация международного правового порядка ? Реабилитация права и возможность политики. М.: Новое лит. обозрение, 2021. 392 с.

Таким образом, учитывая прецедентный характер практики ЕСПЧ, неутешительный для российских властей вывод, к которому Суд пришёл в деле *Картер*, вполне может быть использован *mutatis mutandis* при разрешении обозначенной межгосударственной жалобы.

Во-вторых, бросается в глаза чрезвычайно долгий срок, который прошёл с момента подачи жалобы в 2007 году до её разрешения по существу в 2021 году – четырнадцать лет. Сама М. Литвиненко объясняла это необходимостью исчерпать национальные средства защиты, дабы жалоба не была признана неприемлемой. Вместе с тем полноценное судебное разбирательство в Великобритании было невозможным по причине отказа российских властей выдать подозреваемых, а потому заявительнице пришлось обратиться к процедуре так называемого «публичного расследования» (англ. *inquiry*), которая завершилась лишь в начале 2016 года, после чего и начался обмен состязательными бумагами между Страсбургом и Москвой[1]. Вот почему решение о приемлемости жалобы и по её существу рассматривалось ЕСПЧ совместно.

В заключение добавим, что пресс-секретарь президента РФ уже заявил о том, что данное постановление, в том числе в части выплаты справедливой компенсации (заявительнице были присуждены 100 тысяч евро плюс 22500 евро на судебные издержки), исполняться не будет[2].

Итак, в 1994 году во время расследования покушения на российского олигарха Б. Березовского между ним и А. Литвиненко, в то время работавшем в подразделении ФСК по борьбе с организованной преступностью, завязались доверительные отношения, которые продлились вплоть до смерти Литвиненко. В ноябре 1998 года последний, будучи действующим работником ФСБ, провёл пресс-конференцию, на которой во всеуслышание заявил, что ему было поручено проведение специальных операций, которые он считал незаконными, в том числе, убийство Березовского. Месяц спустя он был уволен из ФСБ, а в следующем году арестован по обвинению в злоупотреблении служебным положением. Тем

[1] «Власти России не смогут помешать всему миру узнать правду»: Беседа с М. Литвиненко // Новая газета. 2021. 24 сентября. С. 4.

[2] https://tass.ru/politika/12464675

не менее суд оправдал Литвиненко. Затем последовали ещё один арест и оправдание в судебном порядке. Наконец, после выдвижения обвинений в третий раз Литвиненко с супругой покинули Россию осенью 2000 года, год спустя с помощью Березовского получили убежище в Великобритании, а за месяц до смерти Александра – британское подданство.

Известно, что находясь в Великобритании, Литвиненко тесно сотрудничал с «Фондом гражданских свобод», возглавляемом соратником Березовского А. Гольдфарбом, и участвовал, как сказано в постановлении ЕСПЧ, «в разного рода мероприятиях, в основном направленных на разоблачение коррупции в российских спецслужбах и их связей с организованной преступностью» (§ 10). Наиболее серьёзными достижениями Литвиненко в Лондоне можно считать публикацию книги «ФСБ взрывает Россию», изданной позднее на русском языке (в 2015 году признана экстремистской и внесена в Федеральный список экстремистских материалов), и его деятельность как эксперта по безопасности в ряде компаний, стремящихся получить информацию о возможных рисках для своего бизнеса в России. Именно в рамках этой деятельности Литвиненко обращался за информацией к Луговому, к тому времени уже оставившему военную службу, возглавившему в 1995 году после убийства В. Листьева службу безопасности телекомпании ОРТ, а в исследуемый нами период – руководившему в Москве частной охранной компанией «Девятый вал».

Как подчёркивается в постановлении ЕСПЧ, «одно из дел (по которому Литвиненко был привлечён в качестве консультанта. – *Прим. авт.*) касалось высокопоставленного российского чиновника, тогдашнего помощника президента России, который наладил тесные связи с тамбовской преступной группировкой, имел интересы в российских инфраструктурных проектах и помогал колумбийскому наркокартелю в отмывании денег. Отчёт, составленный в сентябре 2006 года, по всей видимости, привёл к краху предполагаемого коммерческого предприятия с участием соответствующего должностного лица, что привело к его значительным финансовым потерям» (§ 12).

16-18 октября 2006 года состоялась первая поездка Лугового и Ковтуна в Лондон, во время которой они встретились с Литви-

ненко и представителями компании «Erinys UK Ltd.» Позднее признаки заражения полонием были обнаружены на участке ткани, расположенном между местами, на которых сидели Луговой и Литвиненко, и на двух стульях. После встречи собеседники пошли в ресторан, где также были обнаружены следы радиоактивного заражения. В тот же вечер Литвиненко почувствовал себя плохо, но за медицинской помощью обращаться не стал. На следующий день, 17 октября, Луговой и Ковтун покинули отель раньше запланированного, не потребовав возврата денег. Оба их номера впоследствии были проверены, и выяснилось, что они содержали следы радиоактивного заражения. Первичное загрязнение, возникшее в результате прямого контакта с радиоактивным веществом, было обнаружено в U-образном изгибе раковины ванной комнаты в номере, в котором останавливался Луговой. Скорее всего, он вылил остатки радиоактивного материала в раковину. Вторичное радиоактивное заражение было выявлено в гостинице, куда переехали Ковтун и Луговой, и офисах, которые они посещали.

25-28 октября того же года состоялась поездка уже одного Лугового в Лондон, в ходе которой он встречался с Березовским, и, наконец, 31 октября – 3 ноября Ковтун и Луговой вновь посетили Лондон сообща. 1 ноября прошла встреча подельников с Литвиненко в баре гостиницы «Миллениум», во время которой тот выпил зелёного чая из чайника, который уже стоял на столе. Рано утром следующего дня состояние Литвиненко резко ухудшилось, вследствие чего он был госпитализирован с подозрением на гастроэнтерит. От первоначального диагноза вскоре отказались, подозревая отравление таллием. 21 ноября фармацевт больницы Университетского колледжа высказал предположение, что для отравления Литвиненко могли использоваться радиоизотопы. Соответствующие образцы были отправлены в научную лабораторию при британском атомном центре в Алдермастоне, откуда спустя два дня пришёл ошеломляющий ответ – полоний-210. В тот же день Литвиненко скончался.

Расследование, которое начал Скотленд-Ярд, выявило следы радиации во многих местах. В частности, в ванной комнате того номера, который занимал Ковтун, на одном из чайников бара гостиницы «Миллениум», на двери кабины, раковины и сушки для

рук в мужских туалетах, которыми пользовались Ковтун и Луговой в день последней встречи с Литвиненко, и многих других местах.

30 ноября 2006 года Королевская служба преследования (далее – КСП) обратилась к российским властям за помощью в соответствии с Европейской конвенцией о взаимной правовой помощи по уголовным делам 1959 года. Британская прокуратура потребовала отобрать показания у Ковтуна и Лугового, членов семьи последнего, а также медицинского персонала, которые лечили фигурантов дела после их возвращения из Лондона. Более того, с 5 по 19 декабря сотрудники КСП допросили подозреваемых лично. При этом Луговой отрицал какую-либо причастность к отравлению Литвиненко, заявляя, что ответственность за это несут британские охранные агентства, «русская мафия» или сам Березовский. Он также утверждал, что Литвиненко пытался заручиться его поддержкой в поиске компрометирующих материалов на президента РФ.

Добавим к сказанному, что в декабре 2006 года Генеральный прокурор РФ возбудил уголовное дело «по факту смерти Литвиненко и покушения на убийство Ковтуна». В апреле 2007 года заместитель Генерального прокурора и следователи посетили Лондон, где провели ряд встреч, в том числе с Березовским.

Российские власти утверждали, что Суд должен был признать жалобу неприемлемой, поскольку результаты британского расследования не могли использоваться для установления какого-либо нарушения Конвенции, а кроме того, события, о которых шла речь в расследовании, произошли за пределами юрисдикции России (требование *ratione loci* – наличие территориальной юрисдикции у государства-ответчика).

Речь идёт о том, что полноценного судебного разбирательства гибели Литвиненко в Великобритании действительно проведено не было. Сложившаяся ситуация была вызвана объективными причинами, поскольку наша страна отказалась выдать ключевых подозреваемых, а англосаксонское право не признаёт судебных разбирательств *in absentia* – по этой причине, кстати сказать, ни один из международных уголовных трибуналов, во многом скроенных по англосаксонским лекалам, не признаёт заочного разбирательства, за исключением, пожалуй, Специального трибунала

по Ливану[1]. Поэтому родственники погибшего были вынуждены прибегнуть к специальной процедуре, не имеющей аналогов в российском праве, - публичному расследованию.

Искушённым в английском праве читателям хорошо известно, что в случаях, когда есть разумные основания считать, что смерть была насильственной, неестественной или наступила по неизвестной причине, независимо от места наступления смерти или возникновения её причины, проводится расследование коронера. Его основная функция заключается в проверке обстоятельств, при которых наступила смерть лица, чьё тело обнаружено на территории коронерского участка. Соответствующие материалы должны быть исследованы в открытом заседании по правилам, напоминающим те, которых придерживаются судьи в ходе предварительной проверки данных, собранных по уголовному делу полицией. Такое заседание может быть проведено с вызовом необходимых свидетелей и даже участием присяжных. По итогам коронерского разбирательства должно выноситься решение, в котором формулируется вывод о причинах смерти. Этот документ передаётся в КСП, которая и решает, как действовать дальше[2].

В данном случае 30 ноября 2006 года коронер Северного Лондона начал официальное расследование (англ. *coroner's inquest*) смерти Литвиненко, но тотчас же приостановил его до завершения продолжающегося полицейского расследования. В конце концов, коронерское расследование задержалось на пять лет, в течение которых ещё сохранялась надежда на полноценное уголовное преследование подозреваемых. Однако к 2011 году коронер убедился, что не существует реальной перспективы экстрадиции кого-либо из вышеназванных лиц в Великобританию. В силу этого коронерское расследование было возобновлено. Прежде всего был определён круг «должным образом заинтересованных лиц» (англ. *properly interested people*) – вдова Литвиненко, их дети, Луговой,

[1] Подробнее см.: *Мезяев А. Б.* Рассмотрение дела *in absentia* в современном международном уголовном процессе // Международное публичное и частное право. 2018. № 1. С. 25-28.

[2] *Гуценко К. Ф., Головко Л. В.* Соединённое Королевство Великобритании и Северной Ирландии // *Гуценко К. Ф., Головко Л. В., Филимонов Б. А.* Уголовный процесс западных государств. М.: Зерцало-М, 2002. С. 71, 72.

Ковтун, представитель полиции, Березовский. Впоследствии аналогичный статус приобрёл и Следственный комитет РФ (далее – СК РФ). Однако поскольку некоторые из материалов, переданных властями Великобритании, носили конфиденциальный характер, а законом запрещено проводить на коронерских слушаниях закрытые для публики заседания, было решено прибегнуть к процедуре публичного расследования на основании Закона о публичных расследованиях 2005 года (англ. *Inquiries Act 2005*). В отличие от коронерского публичное расследование могло оперировать доказательствами, которые не могли быть раскрыты ранее (§ 45).

Открытые слушания в рамках публичного расследования начались 27 января 2015 года и продлились 34 дня. На них председательствовал сэр Р. Оуэн, судья Высокого суда. Публика и пресса имели неограниченный доступ к слушаниям, а стенограмма заседания размещалась на соответствующем веб-сайте в конце каждого дня. В общей сложности 62 свидетеля дали устные показания, показания ещё 20 были заслушаны в письменной форме. В числе свидетелей были члены семьи Литвиненко, его друзья и деловые партнёры, врачи, физики-ядерщики, полицейские и эксперты по истории России, в том числе известный у нас автор переведённой на русский язык биографии Ленина Р. Сёрвис. Кроме того, в мае того же года были проведены несколько закрытых слушаний, на которых были исследованы доказательства, что не могли быть обнародованы в ходе коронерского расследования. В конечном итоге, результатом расследования стал более, чем 300-страничный доклад, в котором Оуэн пришёл к выводу о причастности Лугового и Ковтуна к гибели Литвиненко «вне разумных сомнений»[1].

В частности, председатель изложил несколько причин, в силу которых российские власти были заинтересованы в ликвидации Литвиненко. Во-первых, его считали предавшим ФСБ в результате публичных разоблачений, которые он сделал перед отъездом из России, усугублённых его писательской деятельностью. Во-вторых, по словам Лугового, ФСБ получила информацию, что Литвиненко сотрудничал с британской разведкой. В-третьих, Литвиненко был близким соратником людей наподобие Березовского,

[1] https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/493860/The-Litvinenko-Inquiry-H-C-695-web.pdf

которых считали видными критиками российских властей. В-четвёртых, обвинения, озвученные Литвиненко, такие, как ответственность ФСБ за взрывы жилых домов, послужившие прологом к началу Второй чеченской войны, или сговор силовых структур и организованной преступности, были особенно чувствительны для Кремля. Наконец, в антагонизме между Литвиненко и президентом России, несомненно, присутствовал личный момент (§ 67).

Любопытная деталь. Если Луговой сразу отказался давать показания в ходе публичного расследования, то Ковтун изначально выражал согласие стать полноправным участником разбирательства. Первая дата его показаний по видеоконференц-связи была назначена на 27 июля 2015 года. Однако за четыре дня до этого Ковтун отказался давать показания на том основании, что СК РФ должен удовлетворить его ходатайство о смягчении обязательства по соблюдению конфиденциальности в связи с продолжающимся российским расследованием. Однако впоследствии представитель СК РФ проинформировал, что никаких ходатайств Ковтун не заявлял.

Немаловажное значение, на котором делала упор российская сторона в ходе слушаний уже в ЕСПЧ, имело то обстоятельство, что доказательства, полученные из России согласно запросу о взаимной правовой помощи, могли использоваться в Великобритании исключительно для нужд уголовного производства, однако на их использование в ходе публичного расследования согласие получено не было. Вследствие этого Оуэн посчитал невозможным их приобщение к соответствующим материалам, в том числе, использование в своём отчёте (§ 54). Однако это не помешало российской стороне укорять публичное расследование за то, что оно было предвзятым и односторонним, не учитывающим российские доказательства.

Большие сомнения вызывала у российских юристов и сама процедура *inquiry*. Последняя не носит состязательного характера и представляет собой скорее инквизиционный процесс (в нейтрально техническом смысле этого слова), направленный на установление истины в тех случаях, когда произошедшее вызвало или имеет все шансы вызвать обеспокоенность общественности. Причём формально в задачу публичного расследования не входит определение чьей-либо вины или гражданско-правовой ответственности.

В силу изложенного Уполномоченный РФ при ЕСПЧ просил отклонить жалобу М. Литвиненко как явно необоснованную.

Решая вопрос о приемлемости отчёта по делу Литвиненко, ЕСПЧ ещё раз напомнил, что имеет полную свободу оценивать не только допустимость и относимость, но также доказательственную ценность каждого элемента доказательств, представленных в его распоряжение. Суд не связан ни Конвенцией, ни общими принципами, применимыми к международным трибуналам, ни строгими правилами доказывания, а значит, нет никаких процессуальных барьеров для допустимости доказательств в рассматриваемом деле. Более того, со ссылкой на «российские» дела (*Финогенов и другие*, *Тагаева и другие*), касавшиеся терактов соответственно в Москве и Беслане, Суд констатировал, что использование им доказательств, полученных в результате расследования на уровне страны, и фактов, установленных в рамках внутригосударственного разбирательства, во многом зависит от качества следственного процесса, его тщательности, последовательности и т. д. (§ 98).

В данном случае оспариваемым доказательством послужили результаты публичного расследования смерти Литвиненко. С точки зрения ЕСПЧ оно проводилось в строгом соответствии с Законом 2005 года, который содержит подробные положения, обеспечивающие независимость и беспристрастность председателя и других членов комиссии по расследованию. Сам председатель Оуэн был судьей Высокого суда с многолетним опытом. Помимо того, что оно было независимым, расследование отвечало требованиям прозрачности и подотчётности, что проявилось, в частности, в том, что были исследованы доказательства в открытых заседаниях, заслушаны свидетели и т. д. Отчёт о расследовании был представлен парламенту и опубликован.

Решения, принятые председателем, подлежали судебному пересмотру, вследствие чего любое лицо, затронутое решением, могло ходатайствовать о его проверке в судебном порядке. Ни российские власти, ни подозреваемые не стали участвовать в слушаниях или давать показания. Но если бы они согласились, то получили бы широкий спектр возможностей влиять на ход и исход разбирательства (§ 103). Следовательно, по мнению ЕСПЧ, хотя россий-

ские власти и упрекали публичное расследование в односторонности и в том, что была заслушана лишь одна версия событий, они не сделали ничего, чтобы продемонстрировать, какой же должна была быть иная версия событий (§ 107).

Наконец, обращает на себя внимание ещё один вывод, к которому пришёл Суд, оценивая качество публичного расследования. Российская сторона указывала, что на серии закрытых заседаний демонстрировались доказательства, находящиеся в исключительном ведении британских властей, доступ к которым не получил даже ЕСПЧ. На это последний указал, что «в случаях, когда Суд не видел материалов национальной безопасности, на которых основаны решения, ограничивающие права человека, он вместо этого тщательно изучает национальную процедуру принятия решений, дабы убедиться в том, что она включает адекватные гарантии для защиты интересов заинтересованного лица» (§ 108).

В конечном итоге, ЕСПЧ пришёл к выводу, что нет оснований сомневаться в качестве внутреннего следственного процесса или в независимости, справедливости и прозрачности публичного расследования.

Другим дискуссионным моментом, требующим разрешения Судом при уяснении вопроса о приемлемости жалобы, был вопрос о территориальной юрисдикции. Поскольку все события, о которых шла речь, произошли за пределами РФ, а последняя не имела и не могла иметь «фактической власти» над британской территорией, то с точки зрения российских властей жалоба должна была быть признана неприемлемой как не соответствующая критерию *ratione loci*. При этом особо подчёркивалось, что обстоятельства дела не подпадали ни под одно из исключений из территориального принципа установления юрисдикции, как они были изложены в постановлениях ЕСПЧ *Аль-Скейни* и *Аль-Джедда* (в них Суд приходил к выводу о возможности установления юрисдикции государства за пределами его границ, например, в случае оккупации зарубежной территории либо по приглашению правительства указанной территории).

В ответ на это адвокатская команда, возглавляемая Б. Эммерсоном, сослалась на прецедентную практику Суда, в частности, на правовую позицию, сформулированную им в постановлении по

делу *Кипр против Турции*: «Молчаливое согласие или попустительство властей Договаривающегося Государства в отношении действий частных лиц, которые нарушают права других лиц, находясь под его юрисдикцией, могут повлечь за собой ответственность этого государства в соответствии с Конвенцией» (§ 113). А кроме того, представители заявительницы высказали соображение, уходящее своими корнями в философию упомянутого постановления по делу *Аль-Скейни*: применение силы со смертельным исходом со стороны агента государства к лицу, находящемуся за пределами национальной территории государства, само по себе достаточно, чтобы признать такое лицо находящимся под юрисдикцией этого государства. Иное будет означать, что убийство, совершённое на суверенной территории России, будет считаться нарушением статьи 2 Конвенции, в то время, как точно такое же поведение, совершённое на территории другого государства-участника Конвенции, не будет считаться таковым. Такое положение вещей создало бы порочный стимул для соответствующего государства совершать убийства за границей, а не в России, поскольку экстратерриториальные убийства были бы свободны от ответственности по Конвенции (§ 114). Как тут не вспомнить образную метафору из особого мнения судьи Дж. Бонелло к постановлению *Аль-Скейни*: «джентльмен дома, хулиган во всех других местах»[1].

Суд указал, что юрисдикция по смыслу статьи 1 Конвенции действительно является отправным критерием. Осуществление юрисдикции является для Договаривающегося Государства необходимым условием для того, чтобы нести ответственность за свои действия или бездействие, которые приводят к утверждениям о нарушении прав и свобод, предусмотренных Конвенцией. И хотя юрисдикционная компетенция государства в соответствии со статьёй 1 является в первую очередь территориальной, ЕСПЧ тем не менее в своей прецедентной практике признал ряд исключительных обстоятельств, способных привести к осуществлению юрисдикции Договаривающегося Государства за пределами его собственных территориальных границ. В каждом случае вопрос о

[1] Цит. по: *Мунтян Л. Аль-Скейни и другие против Великобритании*: империализм прав человека против военного империализма. Постановление ЕСПЧ от 7 июля 2011 года // Международное правосудие. 2012. № 1. С. 11.

наличии таких исключительных обстоятельств, которые оправдывают вывод Суда о том, что государство осуществляет свою юрисдикцию экстратерриториально, должен решаться со ссылкой на конкретные факты (§ 124).

По общему правилу существуют два аспекта экстратерриториальной юрисдикции: пространственный и персональный. В первом случае речь идёт о принципе эффективного контроля над территорией другого государства, который используется, если в результате законной или незаконной военной операции государство – участник Конвенции осуществляет эффективный контроль над территорией за пределами своих государственных границ. Причём такой контроль может осуществляться как непосредственно вооружёнными силами государства – участника Конвенции, так и через местную администрацию, подконтрольную Договаривающемуся Государству[1].

Но наряду с пространственным, существует и иное – персональное – измерение юрисдикции. Речь идёт о том, что «каждый раз, когда государство через своих представителей осуществляет контроль и власть над человеком и, таким образом, юрисдикцию, государство обязано в соответствии со статьёй 1 обеспечить этому человеку права и свободы, определённые в разделе 1 Конвенции, которые соответствуют ситуации и обстоятельствам конкретного человека» (§§ 136, 137 *Аль-Скейни*)[2]. Тем самым персональная юрисдикция может иметь место тогда, когда представитель государства – участника Конвенции применяет силу за пределами территории государства к лицам, которые таким образом оказываются под его контролем и – имплицитно – под юрисдикцией государства по статье 1. В *Картер* Суд постановил, что ответственность в таких ситуациях проистекает из того факта, что статья 1 Конвенции не может толковаться как позволяющая государству – участнику совершать нарушения Конвенции на территории другого государства, которые оно не могло совершить на своей территории (§ 128).

[1] Цит. по: *Мунтян Л. Аль-Скейни и другие против Великобритании*: империализм прав человека против военного империализма. Постановление ЕСПЧ от 7 июля 2011 года // Международное правосудие. 2012. № 1. С. 9.

[2] https://hudoc.echr.coe.int/rus#{%22itemid%22:[%22001-117703%22]}

В конечном счёте, Суд пришел к выводу, что экстратерриториальный принцип ответственности государств должен быть распространён и на случаи целенаправленных внесудебных убийств, совершённых представителями государства, действующими на территории другого Договаривающегося Государства, в ситуации отсутствия вооружённого конфликта (§ 130).

Суд также подчеркнул, со ссылкой на постановление по делу *Гюзельюртлу и другие против Кипра и Турции*, что возбуждение на государственном уровне уголовного расследования или уголовного дела по фактам смертей, которые находились вне пределов действия юрисдикции *ratione loci* упомянутого государства и даже не в рамках действия его экстратерриториальной юрисдикции, само по себе является достаточным для установления юрисдикционной связи между указанным государством и родственниками жертв, обратившимися в ЕСПЧ (как мы помним, уголовное дело по факту смерти Литвиненко было возбуждено и в РФ). Такой подход соответствует природе процессуального обязательства провести эффективное расследование в соответствии со статьёй 2, которое уже превратилось в отдельное и автономное обязательство, способное связать государство даже в том случае, если смерть наступила за пределами его юрисдикции (§ 131).

Любопытно, что в деле *Ханан против Германии*, которое было разрешено Большой палатой за несколько месяцев до постановления по делу *Картер*, ЕСПЧ пришёл к выводу, что в немецком кейсе упомянутый подход неприменим. Расследованные органами прокуратуры Германии случаи гибели мирного населения за пределами государства-ответчика, в ходе военной операции в Афганистане, имели место в контексте экстратерриториальной военной операции, проведённой в рамках мандата, выданного согласно резолюции Совета Безопасности ООН. А потому установление юрисдикционной связи исключительно на основании факта возбуждения уголовного расследования могло оказать сдерживающий эффект (*chilling effect*) на возбуждение уголовных дел на уровне государств по фактам смертей, имевших место при проведении подобных военных операций, и, как следствие, привести к непоследовательному применению Конвенции в отношении Дого-

варивающихся Государств, участвующих в той же самой военной операции[1].

Наконец, ЕСПЧ подчеркнул, что подозреваемые в убийстве являлись гражданами России, которые с момента их возвращения на Родину пользовались конституционной защитой от экстрадиции. На эту защиту, в частности, сослались российские власти, отказав Великобритании в выдаче Лугового. Поэтому тот факт, что государство-ответчик сохранило исключительную юрисдикцию в отношении лица, обвиняемого в серьёзном нарушении прав человека, представляет собой «особую черту» данного дела, способствующую признанию юрисдикции государства-ответчика в отношении жалобы.

Таким образом, возражения российских властей, касающиеся неприемлемости, были отвергнуты Судом.

Несмотря на то, что при принятии решения о нарушении Россией статьи 2 Конвенции голоса судей разделились (шесть против одного – российский судья заявил частично особое мнение), тем не менее был вопрос, в отношении которого судьи единогласно признали нарушение Конвенции, допущенное Россией. Речь идёт о статье 38, предусматривающей обязанность государств-участников Конвенции создать все необходимые условия для эффективного проведения расследования обстоятельств дела Судом. Так, уведомляя о подаче жалобы, ЕСПЧ просил власти государства-ответчика предоставить копии материалов, относящихся к внутригосударственному расследованию смерти Литвиненко. Однако те отказали в удовлетворении этой просьбы на том основании, что соответствующее расследование ещё продолжается, сославшись при этом на статью 161 Уголовно-процессуального кодекса РФ (далее – УПК РФ), регламентирующую недопустимость разглашения данных предварительного расследования. Спустя много лет Суд повторил свой запрос, затребовав уже конкретные материалы из обширного уголовного дела, в частности судебно-медицинское исследование образцов полония-210, показания Лугового и ряд других, однако вновь получил отказ.

[1] https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22\%22CASE%20OF%20HANAN%20v.%20GERMANY\%22%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-208279%22]}

В этой связи Суд подчеркнул, что обязанность предоставить материалы, запрошенные ЕСПЧ, является обязанностью для государства-ответчика с момента формулирования такого запроса, будь то в момент уведомления о подаче жалобы или на более поздних стадиях коммуникации. Как говорится в постановлении *Яновец и другие против России* («катынское» дело), «отказ Правительства предоставить имеющуюся в его распоряжении информацию без удовлетворительного объяснения может не только привести к признанию обоснованности утверждений заявителя, но также негативно отразиться на уровне соблюдения государством-ответчиком его обязательств по статье 38 Конвенции» (§ 202)[1].

В данном случае национальные власти так и не предоставили материалы, запрошенные Судом, и не представили никаких объяснений этому, кроме ссылки на положение УПК РФ, которое в предыдущей правоприменительной деятельности ЕСПЧ трактовалось не как абсолютный запрет разглашения соответствующих данных, а скорее как устанавливающее процедуру и условия ограничения такого раскрытия информации (см. *Исраилова и другие против России*, § 145). Примечательно, что поскольку Суд повторил свой запрос спустя пятнадцать лет после рассматриваемых событий, власти уже не утверждали, что расследование продолжается. Более того, многие из запрашиваемых документов ранее были раскрыты британским властям в рамках процедуры полицейского расследования, а потому более не могли считаться конфиденциальными (§ 93).

Как известно, по отношению к расследованию тяжких преступлений против личности ЕСПЧ давно установил определённый набор требований процессуального характера. Они получили название «процессуальных» или «процедурных» обязательств, вытекающих из статьи 2 Конвенции. Как указывает А. Н. Антонов, их возникновение было в значительной степени обусловлено необходимостью адекватного подхода к рассмотрению жалоб, связанных с гибелью людей, где следственных материалов, представленных для исследования экспертам ЕСПЧ, было недостаточно для обоснованного вывода о наличии или отсутствии нарушения обяза-

[1] https://khpg.org/1387558439

тельства по защите жизни со стороны государства-ответчика[1]. Таким образом, концепция процессуальных обязательств стала эффективным инструментом для предотвращения ухода властей от ответственности по статье 2 посредством проведения плохого расследования обстоятельств гибели людей. При этом ЕСПЧ определил, что обязанность расследования – это «обязанность не результата», а обязанность «средств». Иными словами, уполномоченные органы должны без задержки предпринять все резонные шаги по сбору доказательств, осуществить объективный, полный и всесторонний анализ собранной информации и на этой основе сделать взвешенное заключение, даже если не удаётся установить виновных.

В настоящем деле российские власти начали расследование гибели Литвиненко спустя две недели после его смерти, поэтому вопрос не в том, проводилось ли расследование – по всей видимости, оно имело место – а в том, было ли оно «эффективным» и были ли власти полны решимости выявить и привлечь к ответственности виновных в его смерти (§ 139).

После коммуникации жалобы Суд поставил перед властями государства-ответчика ряд вопросов касательно проведения национального расследования, в частности, был ли допрошен Луговой, были ли обнаружены следы полония-210 на российской территории, были ли проверены производственные и складские помещения радиохимического завода «Авангард» на предмет возможной утечки или похищения радиоактивных изотопов и т. д. Суд также просил власти предоставить копии материалов внутригосударственного расследования, чего, как мы помним, сделано не было.

Правда, в своих объяснениях власти утверждали, что Луговой неоднократно допрашивался российскими следователями, никаких утечек полония-210 обнаружено не было, как и следов заражения близлежащей местности, однако когда Суд попросил предоставить копии соответствующих документов, на которые ссылались российские власти, запрос Суда в очередной раз был безосновательно отклонён (§ 142).

[1] *Антонов А.* Требования проведения «эффективного расследования» преступлений и некоторые аспекты их реализации в связи с вооружёнными конфликтами // Международное правосудие. 2015. № 2. С. 101.

В конечном итоге, ЕСПЧ пришёл к выводу, что в данном деле государство-ответчик не исполнило свои обязательства, вытекающие из бремени доказывания, дабы продемонстрировать, что национальные власти провели эффективное расследование, способное привести к установлению фактов и привлечению к ответственности лиц, виновных в убийстве Литвиненко (§ 143). Более того, российские власти пытались помешать британским следователям установить факты по делу, отказавшись предоставить для исследования самолёт, на котором Луговой и Ковтун вернулись из Лондона.

В свете изложенного Суд пришёл к выводу, что имело место нарушение процессуального аспекта статьи 2 Конвенции. Как видим, по логике ЕСПЧ бремя доказывания того, что проведённое расследование было эффективным, возлагается на власти государства-ответчика, с которым те, по крайней мере, в данном конкретном деле, не справились.

Для ответа на вопрос, был ли нарушен материально-правовой аспект статьи 2, Суд счёл необходимым ответить на два вопроса: 1) может ли убийство Литвиненко быть приравнено к применению физической силы и контролю за жизнью человека в ситуации непосредственного нападения; 2) было ли оно осуществлено лицами, действовавшими в качестве агентов государства ?

При оценке доказательств по делам о предполагаемом нарушении права на жизнь Суд обычно руководствуется стандартом «вне разумных сомнений». Однако нельзя забывать, что его роль заключается не в принятии решения о признании виновным или привлечении к гражданско-правовой ответственности, а в установлении ответственности Договаривающегося Государства в соответствии с Конвенцией, что во многом обусловливает его подход к доказыванию и оценке доказательств. При этом поведение сторон в процессе тоже может расцениваться как доказательство *sui generis*. В силу этого, когда Суд не в состоянии установить точные обстоятельства дела по причинам, объективно относящимся к компетенции государственных властей, государство-ответчик обязано удовлетворительным и убедительным образом объяснить последовательность событий и представить убедительные доказательства, которые могут опровергнуть утверждения заявителя

(§ 152). В данном деле были продемонстрированы доказательства, достаточные при отсутствии опровержения, что человек был убит представителями государства, и власти не предоставили никакого другого удовлетворительного и убедительного объяснения случившемуся (§ 153).

Основываясь на таком подходе, Суд пришёл к доминантно-правовому выводу о том, что обстоятельства смерти Литвиненко уже не являются «сферой домыслов и предположений». Вне разумных сомнений было установлено, что он был отравлен полонием-210, а ядовитое вещество вводили Луговой и Ковтун (§ 154). В свою очередь, доказательства преднамеренности убедительно указывают на то, что смерть Литвиненко была результатом спланированной и сложной операции, включающей приобретение редкого смертоносного вещества, организацию поездки в Лондон и неоднократные попытки отравить Литвиненко (§ 159). Суд также подчеркнул, что доказательствами «вне разумных сомнений» подтверждается тот факт, что Луговой и Ковтун знали, что используют смертельно опасное вещество, а не «сыворотку правды» или снотворное. Добавляя вещество в чайник, из которого пил Литвиненко, они осознавали, что убьют его. В этом смысле погибший находился под физическим контролем Лугового и Ковтуна, которые имели власть над его жизнью (§ 160).

В отношении того, были ли виновные агентами государства, Суд отметил, что не было никаких доказательств, что у кого-то из них была личная причина убить Литвиненко, и было маловероятным, что действуя от своего имени, они имели бы доступ к редкому радиоактивному изотопу, который использовался для его отравления. Радиоактивный изотоп был маловероятным орудием убийства для обычных преступников и должен был исходить из реактора, находившегося под контролем государства (§ 163).

Наконец, в случае экстратерриториального внесудебного убийства власти государства, на территории которого оно произошло, могут предпринять весьма ограниченный набор мер, как-то: идентифицировать исполнителей казни и нити, связывающие их с государством, предположительно ответственным за казнь. Именно это и сделали британские власти. Однако власти российские не предприняли никаких серьёзных попыток ни прояснить факты, ни

опровергнуть выводы, сделанные в Великобритании. Они не только не участвовали в публичном расследовании, но даже не провели собственного эффективного разбирательства (§§ 167, 168).

Таким образом, рассмотрев оба аспекта статьи 2, Суд пришёл к выводу, что в момент отравления Литвиненко Луговой и Ковтун действовали как агенты государства, и что они использовали физическую силу и контроль над его жизнью в достаточной мере, чтобы установить юрисдикционную связь с государством-ответчиком для целей статьи 1 Конвенции.

Позиция судьи от РФ Д. Дедова, оставшегося в меньшинстве при голосовании, сводится к следующим основным моментам.

Во-первых, он поставил под сомнение вывод Суда о том, что наличие собственного уголовного расследования, которое проводится в государстве-ответчике, является достаточным для установления юрисдикционной связи для целей статьи 1. Ведь целью российского расследования было выявить преступников, которые пытались убить Ковтуна при обстоятельствах, связанных со смертью Литвиненко. Что касается самого Литвиненко, то у российских властей не было юрисдикции для расследования его смерти, поскольку к тому времени он принял подданство Великобритании и даже сменил своё имя, прекратив тем самым какую бы то ни было связь с РФ.

Во-вторых, британские власти также отказались по ряду моментов сотрудничать с российскими под тем предлогом, что переданные Москве доказательства впоследствии могли быть использованы в судебном разбирательстве, которое стало бы всего лишь фикцией или рекламным трюком, призванным снять с России ответственность за убийство. По причине этих опасений британские следователи отказались предоставить российским коллегам какие-либо вещественные доказательства, включая изъятые образцы полония, заключение судебно-медицинской экспертизы о причинах смерти Литвиненко и ряд других. Более того, российским следователям было отказано в помощи и сотрудничестве с целью проверки каких-либо иных версий, кроме основной, что, в свою очередь, даёт право усомниться в беспристрастности британского расследования.

В-третьих, не было точно установлено, что полоний, обнаруженный в Великобритании, был полностью идентичен полонию,

производимому в России. Несмотря на то, что у экспертов была возможность получить образцы у американского покупателя российского полония, они не смогли подтвердить, что полоний, который использовался в случае с Литвиненко, был произведён именно в России. Более того, расследование установило, что на территории Европы и даже в самой Великобритании есть немало реакторов и лабораторий, в которых может производиться полоний[1].

Дедов также подчеркнул, что в аэропортах ни Москвы, ни Лондона полоний обнаружен не был. Впрочем, от себя заметим, что этот аргумент легко нивелируется контраргументом о том, что современные международные аэропорты оборудованы на регистрацию гамма- и бета-излучения, даже очень слабого, однако альфа-излучение, исходящее от полония, не могло быть зафиксировано скринингом[2] (вот почему, скорее всего, для ликвидации Литвиненко был избран именно такой способ). В свою очередь, это дало возможность Дедову выдвинуть версию о том, что Луговой и Ковтун подверглись нападению третьих лиц.

Трудно не согласиться с Дедовым в том, что когда Суд утверждает, что Луговой и Ковтун пытались избавиться от остатков вещества, вылив их в раковину, он едва ли вправе формулировать столь твёрдые выводы в ситуации, когда он не контролировал расследование и отсутствовали прямые доказательства, подтверждающие субъективные намерения соответствующих лиц. Однако, с точки зрения Дедова, подозреваемые вовсе не могли поступить столь беспечно и безрассудно. Целесообразнее было бы хранить полоний в контейнере, предохраняя его от обнаружения в аэропортах – это могла быть небольшая стеклянная банка (стало быть, Дедов признаёт, что полоний можно было пронести через систему безопасности аэропорта незаметно ? – *Прим. авт.*) – и выбросить его в мусорное ведро вдали от отеля. Поэтому, по мнению Дедова, с таким же успехом можно предположить, что некие третьи лица отслеживали передвижения Лугового и Ковтуна, оставляя заражение в каждом гостиничном номере, где они останавливались.

[1] По другой информации, в Великобритании в 2006 году полоний не производился.

[2] *Медведев Ж.* Указ. соч. С. 23.

Не вступая в заочную полемику с уважаемым судьёй, отметим только, что в современных ядерных державах сброс радиоизотопов из научных лабораторий производится как раз в общие системы канализации, в то время как разгерметизация контейнера, о котором пишет Дедов, могла привести к радиоактивному загрязнению обширной по размерам территории.

Если отложить в сторону все спекуляции на обстоятельствах дела, то главная линия рассуждений Дедова сводится к следующему. ЕСПЧ основывал свою оценку деятельности российских властей на том, что они не провели эффективного расследования, отказали в экстрадиции подозреваемых (хотя соответствующий иммунитет от экстрадиции гарантирован им как гражданам РФ на конституционном уровне), а затем не стремились лишить одного из них депутатской неприкосновенности. Однако у самого Суда не было никаких прямых доказательств причастности Лугового и Ковтуна к убийству. Суд просто переложил бремя доказывания на государство-ответчика, как-то упустив из виду, что Луговой закончил государственную военную службу в 1995 году, а Ковтун – в 1992-м. С тех пор они были полностью вовлечены в частный сектор экономики. Более того, в течение длительного времени они обеспечивали безопасность Березовского, как утверждается, друга и соратника Литвиненко, доказав ему свою дружбу, лояльность и доверие.

В особом мнении Дедова содержится немало ярких оценок самого «серого кардинала» российской политики 1990-х годов. «Березовского можно было считать гораздо более опасным для российских властей, - пишет Дедов, - поскольку он намеревался играть ключевую роль в российской политике в качестве теневого правителя, чтобы получить власть, деньги и влияние, не принимая при этом на себя никакой ответственности. Его манера управления исказила демократию в России, что не помешало ему получить статус беженца в Великобритании как политическому оппоненту российского правительства».

Дедов также пытался предостеречь ЕСПЧ от чрезмерного доверия к материалам, полученным от британских источников, в частности, разведки. Вот что он пишет по этому поводу: «Несомненно, российские спецслужбы считались и по-прежнему оста-

ются противниками британской разведки. Я полагаю даже, что для спецслужб «холодная война» никогда не заканчивалась. Черчилль провозгласил «холодную войну» много лет назад, и ни один последующий премьер-министр официально не объявил, что она завершилась. Поэтому меня не удивляет, что британский судья признал ответственность Российского государства и, тем самым, подтвердил версию событий, выдвинутую самим потерпевшим перед его смертью, а также изложенную им в заявлении, сделанном за много лет до того, как был опубликован отчёт о расследовании».

Таковы наиболее важные моменты этого сложного и запутанного дела. Вот уже без малого пятнадцать лет оно вызывает неохладевающий интерес журналистов, историков и даже кинематографистов. Постановление ЕСПЧ от 21 сентября 2021 года придало этому интересу новый мощный импульс. Уже объявлено, что в готовящемся фильме о гибели Литвиненко его роль сыграет крупнейший британский актёр Б. Камбербэтч, успевший соприкоснуться со шпионской тематикой на съёмках фильма «Игры шпионов», посвящённого другому отечественному перебежчику – О. Пеньковскому.

Березовский же, за близость к которому, судя по всему, Литвиненко поплатился жизнью, также погиб при невыясненных обстоятельствах в 2013 году (по официальной версии покончил жизнь самоубийством). Любопытно, что на его могиле значится «светлой памяти Платона Еленина» - Платоном звали главного героя романа Ю. Дубова «Большая пайка» о переделе собственности в 1990-е годы, прообразом которого стал Березовский. Говорят, что любимым поэтом олигарха был А. Галич, умерший странной смертью в эмиграции (он заказал в магазине антенну для радиоприёмника и при установке его убило током). Поэтому закончим нашу статью поэтическими строками, кажущимися нам наиболее уместными в контексте всего сказанного:

И ты будешь волков на земле плодить,
И учить их вилять хвостом !
А то, что придётся потом платить,
Так ведь это ж, пойми, - потом ![1]

[1] *Галич А.* Стихотворения и поэмы. СПб.: Академ. проект, 2006. С. 103.

2.4. Украинская декоммунизация перед «судом права»[1]

Известный историк А. Шлезингер однажды заметил, что американский народ «чередует периоды «активизма», приверженности высоким обязательствам, усиленной общественной деятельности с периодами усталости»[2]. Сказанное в известной мере справедливо и по отношению к Конституционному Суду Украины[3]. Пройдя через период видимой апатии, когда в течение года он выносил буквально считанные решения (например, в 2017 году лишь три), орган конституционной юрисдикции вошёл в активную фазу своей деятельности, разрешив сразу несколько дел и приковав к себе внимание широкой общественности. Речь идёт о Решении Конституционного Суда Украины от 16 июля 2019 года № 9-р/2019, которым была подтверждена конституционность Закона Украины «Об осуждении коммунистического и национал-социалистического (нацистского) тоталитарных режимов в Украине и запрете пропаганды их символики» от 9 апреля 2015 года № 317-VIII (далее – Закон № 317-VIII).

[1] В основе параграфа – статья автора, опубликованная в журнале «Сравнительное конституционное обозрение» (2019. № 6. С. 121-136).

[2] *Шлезингер А.* Циклы американской истории. М.: Прогресс, 1992. С. 48, 49.

[3] Обращение к практике национального органа конституционного судопроизводства в работе о международном правосудии считаем оправданным по той причине, что Конституционный Суд Украины, подобно колумбийским судебным палатам «Правосудие ради мира», также можно считать в определённой степени и до определённых пределов интернационализированным. Дело в том, что Закон о Конституционном Суде Украины, принятый 13 июля 2017 года, в своих «Переходных положениях» предусмотрел процессуальную фигуру «специального советника», подбираемого из числа судей в отставке иностранного органа конституционной юрисдикции или представителей международной правительственной организации, предметом уставного задания которой являются вопросы конституционного права. На сегодняшний день в Конституционном Суде Украины таких советников трое: бывший председатель Конституционного Суда Грузии Г. Папуашвили, бывший председатель Конституционного Суда Молдовы А. Тенасе и бывший судья Конституционного Трибунала Польши М. Гранат. Подробнее см.: https://ccu.gov.ua/novyna/konstytuciynyy-sud-ukrayiny-zaluchyv-specialnyh-radnykiv

О том, что это дело никоим образом не может быть отнесено к разряду рутинных, а потому заслуживает отдельного исследования, свидетельствуют несколько факторов. Во-первых, своим решением по нему Конституционный Суд фактически преодолел свою предыдущую правовую позицию, изложенную в Решении от 27 декабря 2001 года по делу об указах Президиума Верховного Совета Украины в отношении Компартии, которым признавалась неконституционность ограничения любой политической активности во внесудебном порядке и проводилась мысль о том, что нынешняя Коммунистическая партия Украины, зарегистрированная 22 июля 1991 года, не является правопреемницей КПСС и КПУ. Во-вторых, Конституционный Суд, может быть, впервые за свою более, чем 20-летнюю деятельность, выстроил свое решение практически полностью на аргументах, лежащих скорее в плоскости истории, нежели в сфере права, что является беспрецедентным не только для украинского, но и для всего постсоветского конституционного судопроизводства. Даже широко известное Постановление Конституционного Суда РФ от 30 ноября 1992 года № 9-П по «делу КПСС» строилось преимущественно на чисто юридических конструкциях (например, КПСС как «квазигосударственное образование»), нежели *casus historia*. В какой-то степени украинское решение представляет собой запоздавшую на два десятилетия попытку «второго Нюрнберга», только теперь уже над коммунистической идеологией и правонарушающими технологиями, к которым прибегали коммунисты прошлых лет. И, наконец, в-третьих. При подготовке этого решения и в его первоначальных редакциях была сделана попытка обратиться к практике конституционных судов европейских государств, которые в разные годы сталкивались с похожими делами. И хотя ссылки на зарубежный опыт, несмотря на все усилия судьи-докладчика, так и не вошли в итоговый вариант решения, тем не менее обратиться к нему хотя бы на страницах научного издания представляется чрезвычайно важным.

9 апреля 2015 года Верховная Рада Украины приняла пакет законов о декоммунизации, куда, наряду с упомянутым Законом, вошли ещё три нормативных документа: «О доступе к архивам репрессивных органов коммунистического тоталитарного режима 1917-1991 годов», «О правовом статусе и увековечивании

памяти борцов за независимость Украины в XX столетии» и «Об увековечивании победы над нацизмом во Второй мировой войне 1939-1945 годов». 21 мая того же года все они вступили в силу. Но если закон о доступе к архивам получил практически единодушную высокую оценку национальных и западных экспертов – более того, участились случаи, когда граждане РФ, не имея возможности получить соответствующую информацию из архивов российских спецслужб, главным образом о репрессированных родственниках, обращаются в украинские, где им оперативно и любезно предоставляется вся запрашиваемая информация[1], - то в отношении трёх других законов, включая обжалованный в порядке конституционного судопроизводства, кипят нешуточные страсти.

В частности, ими признаётся факт оккупации Украины Советской Россией на протяжении 1917-1991 годов, официально устанавливается наименование «Вторая мировая война» для исторического периода, ранее охватываемого понятием «Великая Отечественная война» (хотя, как известно, в постсоветском историческом дискурсе Великая Отечественная война 1941-1945 годов признаётся составной частью Второй мировой войны 1939-1945 годов, о чём свидетельствует хотя бы несовпадение их хронологических рамок), уравниваются в правах ветераны войны и участники разного рода национально-освободительных движений, оцениваемых в советский период как националистические банды. Таким образом, Закон № 317-VIII, конституционность которого спустя два года предстояло проверить Конституционному Суду, создавался не в «безвоздушном пространстве», а гармонично укладывался в тренд оппонирования советскому прошлому вплоть до полного разрыва с ним, наметившийся в первые годы после победы Евромайдана.

Более того, в Законе Украины «Об очищении власти» от 16.09.2014 г., более известном как «закон о люстрации», было закреплено положение, согласно которому в течение 10 лет с момента его вступления в силу не могут находиться на государственной службе лица, занимавшие какие-либо руководящие посты в партийной иерархии, начиная с поста секретаря райкома КПСС, являвшиеся штатными работниками или негласными осведоми-

[1] URL: https://www.opendemocracy.net/ru/seven-kilometers-memory/

телями КГБ/ГРУ либо закончившие вузы системы КГБ (кроме технических специальностей). По подсчётам экспертов, по этому основанию было люстрировано 47 человек, находившихся до 1991 года на службе в КГБ СССР, включая погранвойска, и 4 человека, занимавшие руководящие должности в Коммунистической партии[1].

Не заставила себя долго ждать и реализация Закона № 317-VIII. На основании его норм были переименованы 32 города, включая областной центр Днепропетровск, 955 посёлков, посёлков городского типа и сёл, более 50 тысяч улиц. Наконец, были демонтированы почти 2400 памятников вождям советского периода, включая все памятники Ленину, которых в Украине насчитывалось 1320 (без учёта памятников, находившихся на территории частных домовладений и формально не подпадавших под действие данного Закона)[2].

Столь радикальные изменения, произошедшие в топонимике украинских населённых пунктов, были обусловлены в первую очередь требованиями обжалованного Закона. В частности, им вводилось определение пропаганды тоталитарных режимов как «публичного отрицания, в том числе с помощью СМИ, преступного характера тоталитарных режимов, распространения информации, направленной на оправдание их преступного характера, деятельности советских органов государственной безопасности, установления советской власти на территории Украины или в отдельных административно-территориальных единицах, преследования участников борьбы за независимость Украины в XX веке, изготовления и/или распространения, а также публичного использования продукции, содержащей символику обоих режимов» (статья 1). При этом к названной символике были отнесены: любое изображение герба, гимна и флага СССР и союзных республик, а также стран «народной демократии»; символика КПСС и её элементы; любые знамена, символы, изображения и иная атрибутика, в которой имеет место совместное изображение серпа и молота, серпа, молота и пятиконечной звезды, плуга, молота и пятиконечной звезды; изображения, памятные знаки и надписи, посвящён-

[1] URL: https://vkksu.gov.ua/userfiles/grd/7_grd.pdf

[2] URL: http://www.memory.gov.ua/page/dekomunizatsiya-0

ные руководителям Компартии разных уровней или содержащие их цитаты, либо лозунги коммунистической поры; названия областей, районов, других населённых пунктов, улиц, площадей, проспектов и других объектов топонимики, содержащие имена деятелей Компартии и/или СССР, а также – что немаловажно – само наименование коммунистической партии. Аналогичные запреты вводились и для внешних атрибутов национал-социализма. Известные исключения делались только в интересах музейного дела, искусства, в том числе кино, коллекционного и антикварного оборота и т. д. (часть 3 статьи 4 Закона).

В целях реализации Закона была введена уголовная ответственность за пропаганду коммунизма и национал-социализма, предусматривающая санкцию в виде ограничения свободы на срок до 5 лет либо лишение свободы на тот же срок с конфискацией имущества или без таковой, а те же действия, совершённые представителем власти, повторно, организованной группой или с использованием СМИ, караются лишением свободы на срок от 5 до 10 лет с конфискацией имущества или без таковой. К моменту рассмотрения дела в Конституционном Суде уже появились первые приговоры по статье 436-1 Уголовного кодекса (далее – УК) Украины. Так, житель Львова обвинялся в том, что на своей странице в социальной сети «Facebook», действуя, как сказано в судебном решении, «умышленно, преследуя цель доведения до широкого круга лиц коммунистической идеологии и осознавая, что к его странице имеется открытый доступ и с ней может ознакомиться неограниченное количество пользователей»[1], разместил несколько цитат В. И. Ленина, а также лозунги советской эпохи наподобие «Ленин жил, Ленин жив, Ленин будет жить !», «План – закон, выполнение – долг, перевыполнение – честь !» и т. д. В конечном счёте, заключив сделку со следствием, он был приговорён к двум с половиной годам ограничения свободы условно (заметим попутно, что количество оправдательных приговоров в Украине за все годы независимости никогда не превышало 1 % и в этом отношении мало чем отличается от ситуации в России).

Ещё более сомнительной выглядит новелла, внесённая Законом № 317-VIII в избирательное законодательство. Так, в части 5 статьи 3

[1] URL: https://gl.lv.court.gov.ua/sud1304/pres-centr/news/347706/

предусматривается, что «политические партии, их организации и другие структурные подразделения, предусмотренные уставом политической партии, в отношении которых центральным органом исполнительной власти, реализующим государственную политику по вопросам государственной регистрации юридических лиц (Министерством юстиции. – *Прим. авт.*), принято в установленном Кабинетом министров порядке решение о несоответствии их деятельности, наименования и/или символики требованиям данного Закона, не могут быть субъектами избирательного процесса». Тем самым возникла опасность снятия политических партий с выборов или отказа в их регистрации в качестве участников избирательного процесса не по решению суда, как того требуют международные стандарты, а в силу волеизъявления органа исполнительной власти.

Разумеется, вся эта «охота на ведьм» не могла не привлечь внимание парламентской оппозиции, которая в мае 2017 года, в условиях тотального падения рейтинга новой власти, обратилась в Конституционный Суд с соответствующим представлением.

Аргументы заявителей сводились к следующему. Во-первых, в отличие от немецкой или польской конституций Конституция Украины 1996 года не содержит прямого запрета национал-социалистической или коммунистической идеологий. Более того, в статье 15 Конституции настойчиво проводится идея политического, экономического и идеологического плюрализма, а статья 34 Основного Закона гарантирует каждому право на свободу мысли и слова, свободное выражение своих взглядов и убеждений. Помимо этого, Коммунистическая партия была одной из старейших партий независимой Украины и принимала участие во всех парламентских выборах, начиная с 1991 года, а в 1999 году её представитель даже вышел во второй тур президентских выборов, и никаких претензий к её символике никогда не выдвигалось. Во-вторых, сомнительной с точки зрения заявителей выглядит законодательная дефиниция термина «пропаганда», особенно в части, касающейся «публичного использования продукции, содержащей символику обеих режимов», а также криминализация подобного рода деяния. В самом деле, надо ли понимать это таким образом, что безобидная футболка с изображением Че Гевары уже подпадает под действие

данного запрета и потенциально создаёт риск для её владельца быть привлечённым к уголовной ответственности ? И если ответ на этот вопрос будет утвердительным, то как в таком случае это совместить с конституционно закреплёнными ценностями плюрализма, запрета цензуры и самовыражения ? И не создаёт ли неоднозначность толкования данной нормы слишком широкий зазор для усмотрения судов и правоохранительных органов, привычно чувствительных к каждой новой кампании, инициируемой сверху ? Разумеется, отдельной критике подверглись положения Закона № 317-VIII касательно избирательного процесса.

Забегая вперёд отметим, что большим упущением Конституционного Суда стало то, что, в конечном итоге, он уклонился от критической оценки положения, содержащегося в части 5 статьи 3 обжалованного Закона, и статьи 436-1 УК Украины. С нашей точки зрения не требовалось большого мужества, чтобы в условиях относительно плюралистического общества внести свой вклад в исторические дебаты о тождественности двух человеконенавистнических режимов и их идеологий, как бы оригинально это не выглядело с точки зрения стилистики судебных решений. Однако гораздо более важным было сказать законодателю «нет» или хотя бы попытаться оценить в контексте данного дела адекватность и пропорциональность таких мощных средств правового воздействия, как уголовная репрессия и снятие с выборов, отдавая себе отчёт в том, что хотя иное, чем это обозначено в Законе № 317-VIII, решение этого вопроса и может вызвать недовольство политических властей, но в то же время позволит Конституционному Суду стать подлинным противовесом законодателю, не на шутку увлекшимся конструированием нового национального мифа. Но обо всём по порядку.

Прежде всего Конституционный Суд подчеркнул, что в Украине право на свободу мысли и слова, свободное выражение своих взглядов и убеждений не является абсолютным, а его осуществление может быть ограничено законом в интересах национальной безопасности, территориальной целостности или общественного порядка с целью предупреждения массовых беспорядков или преступлений, а также в других случаях, предусмотренных частью 3 статьи 34 Конституции. Закон № 317-VIII как раз и является

примером такого закона. Далее Суд обратился к так называемому «тесту на пропорциональность», пытаясь выяснить, насколько пропорциональны и разумны ограничения, накладываемые оспариваемым актом.

Как указано в юридической литературе, использование органом конституционной юрисдикции «теста на пропорциональность» неизбежно влечёт за собой ряд методологических операций: 1) определение того, есть ли у ограничения права законная (легитимная) цель; 2) выяснение необходимости ограничения права, что, в свою очередь, означает, что конкретное ограничение является единственно (или наиболее) пригодным, а не просто целесообразным или полезным; 3) установление соразмерности (пропорциональности) ограничения, при этом претерпеваемые лицом негативные последствия того или иного ограничения его прав не должны быть несоизмеримо большими, чем тот полезный результат, который достигается таким ограничением[1].

Итак, в первую очередь Суду предстояло проверить легитимность цели принятия Закона № 317-VIII, которую законодатель обозначил, как «недопущение повторения преступлений коммунистического и национал-социалистического (нацистского) тоталитарных режимов, любой дискриминации по национальному, социальному, классовому, этническому, расовому или другим признакам в будущем, восстановление исторической и социальной справедливости, устранение угрозы независимости, суверенитету, территориальной целостности и национальной безопасности Украины» (абзац седьмой преамбулы Закона). Для достижения этой задачи Суд в мотивировочной части своего Решения стал разворачивать широкую ретроспективную картину исторической эволюции обозначенных режимов, занявшую множество страниц (в первоначальном проекте Решения – почти полсотни) и вызвавшую настоящий фурор в юридическом сообществе. Как подчеркнул сам орган конституционной юрисдикции, «выясняя легитимность цели Закона, Конституционный Суд Украины считает необходимым подчеркнуть главные черты идеологической основы коммунистического тоталитарного режима (далее - коммунистический режим) и национал-социалистического (нацистского) тоталитарного режима (далее - нацистский режим) и обратить внимание на основные результаты их государственной политики как закономерные итоги реализации соответствующих идеологических постулатов в целенаправленную государственную репрессивную практику» (абзац второй пункта 3 мотивировочной части).

[1] *Блохин П. Д., Кряжкова О. Н.* Как защитить свои права в Конституционном Суде: практическое руководство. М.: Институт права и публичной политики, 2015. С. 136-138.

Прежде, чем мы обратимся собственно к анализу исторической аргументации, отметим, что в этом деле, как, быть может, ни в каком другом, дала о себе знать личность судьи-докладчика. Приходится констатировать, что в нашей юридической науке наблюдается известная недооценка того, кому поручено провести необходимую подготовительную работу по делу и подготовить первоначальный проект решения. Считается, что коль скоро проект решения должен быть поддержан большинством судей, то итоговое решение – это скорее плод коллективной работы, нежели результат усилий заинтересованного одиночки. В действительности же можно говорить о лидирующей роли судьи-докладчика в конституционном судебном процессе, базирующейся, в свою очередь, на его восприятии как авторитетного специалиста и эксперта по делу, материалы которого он должен всесторонне и в полном объёме исследовать, дать пояснения, ответить на вопросы, возникшие у судей, подготовить соответствующий мотивированный проект решения и, в конечном счёте, предложить его Суду[1].

По данному делу судьёй-докладчиком выступил доктор юридических наук, бывший профессор Харьковской юридической академии В. П. Колесник, едва ли не с молодых лет увлекающийся военной историей и, в частности, историей Второй мировой войны. Заметим попутно, что увлечение военной историей вообще относительно распространённое среди судей конституционных и эквивалентных им судов увлечение. Скажем, лорд Сампшн, член нового Верховного Суда Соединённого Королевства Великобритании и Северной Ирландии, считается одним из крупнейших из ныне живущих английских историков, автором многотомной

[1] *Евсеев А. П.* Психология конституционного судопроизводства. Х.: Юрайт, 2013. С. 91.

«Истории Столетней войны»[1]. Не отстаёт от него и В. П. Колесник, также опубликовавший в последние годы ряд работ, посвящённых тупикам и лабиринтам отечественной истории[2]. Поэтому с того момента, как вторая коллегия избрала его судьёй-докладчиком, подготовка обоснованного и опирающегося на разностороннюю аргументацию проекта решения по данному делу и успешное доведение его до голосования в совещательной комнате стали, без преувеличения, «делом чести» для этого человека.

Как уже было сказано, первоначальный проект содержал в себе порядка 50 страниц одного только исторического материала. Впоследствии ими пришлось пожертвовать ради голосов других судей, которые были готовы поддержать итоговый вывод о конституционности Закона, но не были согласны с изложенной трактовкой тех или иных исторических событий. Данное обстоятельство также позволяет нам несколько расширить свои представления о «внутренней кухне» конституционного судопроизводства. На практике судьи вполне могут позволить себе действовать стратегически, вступая во временные альянсы с другими судьями и заключать с ними своего рода «сделки» по принципу «вначале поддержи меня, а затем я поддержу тебя», жертвуя при этом одной частью аргументации ради сохранения другой, более значимой.

Какие же исторические аргументы вошли в итоговый вариант Решения ? Остановимся на главных из них.

Прежде всего Суд констатировал, что основу коммунистического режима в СССР составляла идеология марксизма, со временем трансформировавшаяся в идеологию ленинизма и сталинизма. Главной идеей этого режима стал тезис о построении так называемого коммунистического общества через осуществление мировой

[1] *Евсеев А. П.* Верховный Суд Соединённого Королевства: становление. Х.: Юрайт, 2014. С. 83.

[2] См., например: *Колісник В.* Масова конституційна свідомість і суперечливі уявлення про Голодомор в умовах поширення постправди // Вісник Конституційного Суду України. 2017. № 5. С. 79-85; *його ж.* Політична культура української еліти в контексті сприйняття складних етапів вітчизняної історії // Політична культура суспільства: джерела, впливи, стереотипи : зб. ст. і тез за матеріалами всеукр. наук.-практ. конф. – ХХ Харків. політол. читання. Х.: НЮАУ, 2008. С. 169–172 и др.

социалистической революции и создания мировой социалистической республики. Определяющими факторами установления коммунистического режима на украинских землях были ликвидация этим режимом украинского независимого государства и поэтапная их оккупация вооруженными силами этого режима.

Затем в Решении справедливо отмечалось, что после захвата государственной власти коммунистический режим ввел однопартийную политическую систему и политическую цензуру, ликвидировал все оппозиционные партии и исключил существование демократических институтов, лишив граждан демократических по содержанию прав и свобод. Главными составляющими идеологии коммунистического режима были идеи «диктатуры пролетариата», «мировой революции», «революционного террора», ликвидации «эксплуататорских» классов и «врагов народа», которые Суд счёл несовместимыми с современным демократическим правосознанием.

Отдельно подчёркивалось, что с начала 1920-х до середины 1950-х годов на украинских землях, находившихся под властью коммунистического режима, осуществлялась всеобъемлющая государственная репрессивная политика. Судебные и внесудебные расправы сопровождались фальсификациями обвинений, пытками, массовыми нарушениями принципов судопроизводства и процессуальных норм, лишением права на защиту на всех стадиях уголовного производства, созданием невыносимых условий содержания репрессированных лиц. Миллионы невинных людей находились в следственных изоляторах, лагерях, тюрьмах и местах ссылки в нечеловеческих условиях, что приводило к потере здоровья и преждевременной смерти многих из них.

Далее Суд «перебросил мостик» к национал-социалистической идеологии, указав, что нацистский режим опирался на идеологию нацизма, главными идеями которого, среди прочего, были милитаризм, «мировое господство арийской нации» и борьба с «враждебными» нациями. Сущность нацистской идеологии получила отражение прежде всего в постулатах о тотальном государстве, расовой борьбе, «превосходстве германской расы» и жёстком иерархическом построении государственного механизма, согласно которому граждане были обязаны беспрекословно подчиняться

неизменному лидеру, который обладал неограниченной государственной и партийной властью. Единственная в то время партия в нацистской стране - Национал-социалистическая немецкая рабочая партия (НСДАП) - осуществляла с привлечением карательных органов тотальный контроль за гражданами, лишив их свободы и возможности свободного развития своей личности. В основу этой тоталитарной системы была положена не идея права, а указания бессменного руководителя нацистского государства и нацистской партии в одном лице. Карательные органы нацистского режима преследовали любые проявления нелояльности к существующей тоталитарной системе, массово применяли репрессии.

Отдельный пункт Решения был посвящён Голодомору 1932-1933 годов на Украине. В частности, отмечалось, что одним из самых ужасных преступлений XX века стала медленная голодная смерть миллионов людей в результате организованного коммунистическим режимом искусственного голода, когда у крестьян были изъяты все продукты питания и введены жёсткие ограничения по передвижению жителей сел, что сделало невозможным их спасение в других регионах СССР или за его пределами. Коммунистический режим умышленно скрыл от мира массовую гибель крестьян от голода, однако при этом экспортировал зерно за рубеж.

Особый акцент в Решении делался на том, что антигуманная, человеконенавистническая и агрессивная сущность коммунистического и нацистского режимов проявилась также в развязывании ими агрессивных войн и методах и способах их ведения. Так, коммунистический режим в СССР неоднократно инициировал вооруженные вторжения в независимые государства, нарушая международные обязательства. Ассамблея Лиги Наций в резолюции от 14 декабря 1939 года отметила, что своим нападением на Финляндию СССР нарушил статью 12 Устава Лиги Наций и Парижский пакт. Из-за развязывания войны против Финляндии СССР был исключен из Лиги Наций.

Несколько пассажей, введённых в текст по инициативе судьи-докладчика, были посвящены советско-германскому сотрудничеству, длившемуся вплоть до 22 июня 1941 года. Так, в Решении говорилось, что коммунистический режим активно сотрудничал с начала 1920-х годов с Веймарской Республикой, а с августа 1939

года - и с нацистским режимом, предоставил им существенную помощь в милитаризации, способствуя тем самым нивелированию ограничений, возложенных на них Версальским мирным договором 1919 года, и преодолению экономической блокады нацистского государства, введённой в сентябре 1939 года из-за военного вторжения в Польшу. Юридическую основу сотрудничества между коммунистическим и нацистским режимами составляли, прежде всего, Немецко-советское торговое соглашение от 19 августа 1939 года, Немецко-советский пакт о ненападении от 23 августа 1939 года, Немецко-советский договор о дружбе и границе от 28 сентября 1939 года, немецко-советские хозяйственные соглашения от 11 февраля 1940 года и 10 января 1941 года.

Как резюмировал Конституционный Суд, экономическая, дипломатическая, военная и другие формы сотрудничества между коммунистическим и нацистским режимами в 1939-1941 годах усилили мощь последнего, что привело к увеличению масштабов совершённых преступлений, которые впоследствии были доказаны МВТ в Нюрнберге, оговорившись при этом, что на Нюрнбергском процессе 1945-1946 годов не была дана юридическая оценка роли коммунистического режима в укреплении режима нацистского, попустительстве агрессору и развязывании Второй мировой войны.

В дополнение ко всему в Решении сделан сугубо военно-тактический вывод о том, что «коммунистический режим проявил неспособность к организации обороны», из-за чего вся территория Украины в 1941-1944 годах оказалась под нацистским оккупационным режимом, который ввёл повсеместно, так же как и коммунистический режим, жёсткие ограничения и репрессивные меры, в частности комендантский час, облавы, массовые внесудебные казни (в том числе сожжения сотен украинских сёл вместе с жителями), групповые расстрелы заложников, пытки и тому подобное. Нацистская оккупационная администрация насильно отправляла людей на принудительные работы за пределы Украины, обрекла миллионы людей на полуголодное и голодное существование.

Характеризуя нацистский режим, Суд вновь обратился к наследию МВТ, процитировав фрагмент из приговора от 1 октября 1946 года в той части, что «военные преступления совершались в таком

широком масштабе, которого не знала история войн; они осуществлялись во всех странах, оккупированных нацистским режимом, в открытых морях и сопровождались жестокостью и террором в масштабах, которые трудно представить» (Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal. Nuremberg. 14 November 1945 - 1 October 1946. Volume I. Nuremberg, 1949. P. 226-227). Касательно характера преступлений, совершённых нацистским режимом, МВТ констатировал следующее: «Политика террора, вне всякого сомнения, проводилась в широких масштабах и во многих случаях она была организованной и систематической» (Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal. Nuremberg. 14 November 1945 - 1 October 1946. Volume I. Nuremberg, 1949. P. 254)»[1].

Далее Суд сделал характерную оговорку о том, что если главные нацистские военные преступники были осуждены и наказаны в Нюрнберге в 1946 году, а вина многих других нацистских преступников была доказана судами различных государств в течение следующих десятилетий, то массовые репрессии в СССР не получили всесторонней юридической оценки, а их масштаб точно не выяснен до сих пор.

В конечном итоге, Суд пришёл к выводу о том, что по своей преступной сущности коммунистический и нацистский режимы были одинаковыми, а методы осуществления ими государственной репрессивной политики - тождественными. Названные режимы категорически отрицали возможность существования украинского независимого государства, преследовали его сторонников и препятствовали украинскому национальному возрождению.

Ещё больше аргументов из области истории можно найти в особом мнении судьи-докладчика, который, насколько можно судить, инкорпорировал в него все те доводы, которые не вошли по разным причинам в итоговый вариант Решения. На сорока страницах (одно из наиболее объёмных особых мнений в истории украин-

[1] В этой связи симптоматичным выглядит то обстоятельство, что Конституционный Суд сознательно отказался от цитирования приговора МВТ по неоднократно издававшемуся в СССР русскоязычному переводу, который лингвистически был доступен всем судьям, приведя наиболее значимые выдержки по его англоязычному варианту.

ского конституционного судопроизводства) В. П. Колесник – и не безосновательно - взял на себя смелость описать весь комплекс правовых, геополитических и военных проблем, связанных с природой нацизма и коммунизма как уникальных социальных феноменов XX века. Для этой цели он то проводил подсчёт наших потерь в Великой Отечественной войне, достойный какого-либо генерального штаба, то обращался к наследию французского философа П. Розанвалона, то описывал подготовку советских диверсантов в селе Перевальном Крымской области, то цитировал докладные записки наркома внутренних дел СССР Л. П. Берии. Горькую улыбку у читателей особого мнения вызывает приведённый в конце текста эпизод с тремя московскими инженерами, наблюдающими из окна гостиницы за пожаром на Чернобыльской АЭС и искренне недоумевающими, почему эта авария не случилась раньше…

Короче говоря, Конституционный Суд оказался завален огромным объёмом противоречивой информации, исходящей, как это часто бывает, не только от представителей сторон и экспертов, но и от судьи-докладчика. Справедливости ради отметим, что орган конституционной юрисдикции проделал значительную работу по отбору фактов, но не осталась ли при этом собственно правовая проблематика сиротой ? Попытаемся ответить на этот вопрос.

Действительно, во многих рассматриваемых делах судьи, правда, чаще всего международных трибуналов, вынуждены давать не только юридическую квалификацию предполагаемых нарушений, но также и свою оценку фактам, в том числе историческим, в том виде, в каком они представлены сторонами или даже юристами самого суда. Нередко такая оценка содержится в начале решения и во многом задаёт его тон. Именно по этой причине в совещательной комнате в отношении того, какой быть исторической характеристике (англ. *historical background*) оцениваемых событий, разворачиваются самые настоящие баталии, получившие название «битвы за первый параграф»[1].

Однако помимо критериев выбора той или иной интерпретации событий прошлого, как правило, весьма неоднозначных, дискуссионным остаётся также определение юридической природы тех

[1] *Wilson R. A.* Writing History in International Criminal Trials. P. 77.

материалов, которые обусловливают саму возможность такого выбора. Обозначим только некоторые из возникающих проблем: 1) является ли оценка исторических фактов наподобие той, которая была проделана в рассматриваемом деле Конституционным Судом Украины, своего рода оценкой фактических обстоятельств; 2) компетентен ли в таком случае орган конституционной юрисдикции проводить такого рода оценку, если по общему правилу для конституционных судов действует запрет устанавливать какие-либо фактические обстоятельства, за исключением тех, установление которых прямо отнесено к его компетенции; 3) можно ли рассматривать исторические факты, упоминаемые в Решении, как общеизвестные в процессуальном значении этого слова, а значит не требующие специального доказывания; 4) что делать, если в отношении тех или иных исторических фактов или документов отсутствует консенсус среди историков либо вовсе ставится под сомнение их подлинность (что длительное время имело место, скажем, с пактом Молотова-Риббентропа, который также упоминается в тексте Решения); 5) необходимо ли судебному составу знакомиться с подлинниками таких документов, приобщать их к материалам дела, если они непосредственно упоминаются в тексте судебного решения и влияют на итоговый вывод по нему и т. д.

Возможно, именно в силу неопределённости правовой природы исторической аргументации Федеральный конституционный суд (далее – ФКС) ФРГ в решении 1994 года по делу об отрицании Холокоста не стал доказывать ложность утверждений историка-ревизиониста Д. Ирвинга, обелявшего нацизм, а, оттолкнувшись от ужасов 1933-1945 годов как от неких общеизвестных в свете множества исторических свидетельств и решений нижестоящих судов фактов, сконцентрировался преимущественно на юридических аспектах темы, а именно: допустимо ли в демократическом обществе ограничение идей подобных тем, которые пропагандировал в своих книгах Д. Ирвинг (кстати сказать, практически весь переведённый на русский язык). Да и в Конституционном Суде Украины данное дело было далеко не первым, в котором фигурировал исторический аспект. Например, в 2010 году Верховный Совет АРК обжаловал в процедуре конституционного судопроизводства указ президента В. А. Ющенко о присвоении звания Героя Украины

С. Бандере (посмертно). Однако тогда орган конституционной юрисдикции, не желая участвовать в исторических дебатах, отказал в открытии производства по делу на том основании, что заявитель в своём представлении не привёл собственно конституционно-правовых доводов, ограничившись лишь утверждениями о несоответствии обжалуемого акта положениям законодательства о государственных наградах[1].

Впрочем, если мы обратимся к более ранним этапам деятельности ФКС ФРГ, сформированного в 1951 году, то без труда увидим, что в делах о Социалистической имперской партии (1952 год) и Коммунистической партии (1956 год) Суд обращался к историческому экскурсу с тем, чтобы дать максимально подробную правовую оценку идеологии и методам деятельности этих структур, дабы впоследствии те судьи, которые придут им на смену, уже не тратили время на поиск соответствующих обоснований, а отталкивались от подходов, выработанных первым составом Суда[2]. Неслучайно поэтому в решении по делу Социалистической имперской партии, фактически объявившей себя преемницей НСДАП и вобравшей в себя множество нераскаявшихся членов последней, ФКС подверг детальному анализу такие пропагандистские уловки Третьего рейха, как миф об ударе в спину, принцип фюрерства, тезис о «здоровом народном чувстве», дал весьма подробное описание исторической эволюции правого спектра Германии, начиная

[1] Ухвала Конституційного Суду України від 06.04.2010 р. № 19-у/2010 про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційним поданням Верховної Ради АРК щодо відповідності Конституції України (конституційності) Указу Президента України «Про присвоєння С. Бандері звання Герой України». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v019u710-10

[2] В этом отношении представляет интерес наблюдение молодого в те годы учёного-компаративиста В. А. Туманова относительно того, что в течение пяти недель судебных слушаний в ФКС ФРГ стороны главным образом состязались по поводу интерпретации марксистско-ленинской теории. Представители правительства пытались доказать, что идеи научного социализма должны быть запрещены как крамольные и опасные для порядка управления, в то время как представители Компартии пытались доказать обратное. См.: *Туманов В. А.* Запрещение Коммунистической партии Германии – антинародный незаконный акт: лекция. М.: Знание, 1956. С. 20, 21.

со времён поражения в Первой мировой войне, и т. д. Тем самым дискреция Суда по использованию исторических аргументов становится со временем ограниченной той интерпретацией соответствующих событий, которая ранее была дана самим Судом.

Существует ещё один срез обозначенной проблемы, на который первым обратил внимание А. И. Ковлер. Почему в сравнимых по сути делах один и тот же суд то погружается в глубину веков, то даёт очень фрагментарное описание ситуации (по выражению учёного, ограничивается «моментальным фото»[1] текущего момента) ? Например, применительно к нашей ситуации, почему в 2001 году Конституционный Суд, проверяя конституционность актов парламента о запрете Компартии, формально продолжавших действовать в украинском правопорядке, не обратился к её прошлому, а восемнадцать лет спустя разрешил дело, руководствуясь одними лишь историческими соображениями ? И почему аналогичную попытку предпринял в 1992 году Конституционный Суд РФ, стилистика Постановления которого гораздо ближе украинской образца 2019 года, чем 2001-го ? Возможно, ответ кроется в степени умиротворённости внешней среды. Чем спокойнее внутриполитическая ситуация в обществе, тем меньше оснований у Суда обращаться к травмирующим событиям прошлого, рискуя тем самым расшатать хрупкий консенсус, установившийся в обществе. И напротив, чем более накалена ситуация, тем в большей степени Суд ограничен в своих действиях, следствием чего становится попытка легитимировать собственное решение какими-то дополнительными аргументами, лежащими за пределами формально определённого правового поля. Как бы там ни было, думается, что эта проблема ещё ждет своего исследователя.

Возвращаясь к Решению Конституционного Суда, отметим, что помимо проверки легитимности цели правовых ограничений, тест на пропорциональность предполагает также оценку ограничений на соразмерность (пропорциональность) заявленной цели. Необходимо убедиться в том, что, как сказано в пункте 11 Сиракузских принципов толкования ограничений и отступлений от положений Международного пакта о гражданских и политических правах

[1] *Ковлер А. И.* Европейская Конвенция в международной системе защиты прав человека. С. 153.

1966 года, «при применении ограничения, государство не должно применять меры, приводящие к большему ограничению прав, чем это необходимо для достижения цели, с которой вводится ограничение»[1]. Иначе говоря, если меньшего ограничения права достаточно, то именно оно и должно вводиться законодателем.

По нашему мнению, в данном деле Суду так и не удалось привести убедительных доводов того, что в настоящее время опасность, исходящая от коммунистической и/или национал-социалистической символики настолько велика, что ради этого должно ограничиваться неотъемлемое право на свободу мысли и слова, именуемое в терминологии Конвенции о защите прав человека и основных свобод «свободой выражения» (статья 10), а также право на свободные выборы. Единственный пример, который смог привести орган конституционной юрисдикции в обоснование правомерности жесточайших ограничительных мер, введённых Законом № 317-VIII, заключается в следующем: «Конституционный Суд Украины акцентирует внимание на том, что красную звезду, изображённые крест-накрест серп и молот и другие символы коммунистического режима несколько десятилетий широко использовали антиукраинские силы для распространения атмосферы страха, ненависти и агрессии, для отрицания права украинского народа на собственное независимое государство, в том числе и после обретения Украиной независимости, для антиукраинской пропаганды во многих регионах Украины, особенно в период оранжевой революции и революции Достоинства, в частности, зимой и весной 2014 года. Символы коммунистического режима активно применялись в 2014 году для искусственной дестабилизации обстановки в Украине, … части Донецкой и Луганской областей, в пределах которой незаконные вооружённые формирования захватили органы государственной власти и местного самоуправления, создали оккупационную администрацию, лишив население права на демократическое управление, сделали невозможным действие Конституции и законодательства Украины в этих районах, ввели квазисудебные и внесудебные расправы, удерживают заложников и применяют к ним пытки и бесчеловечное обращение» (пункт 10 мотивировочной части Решения). И далее следует итоговый вы-

[1] Цит. по: *Блохин П. Д., Кряжкова О. Н.* Указ. соч. С. 138, 139.

вод: «Итак, учитывая историю становления украинского независимого государства, исторический контекст и угрозы, стоящие перед ней в связи с временной оккупацией части её территории, Украина имеет право отстаивать конституционные принципы, в том числе путём запрета пропаганды тоталитарных режимов и использования их символики» (пункт 11).

Не вдаваясь в анализ событий, произошедших на Донбассе, позволим себе усомниться в правильности такого обоснования. Очевидно, что в данном случае отсутствует прямая причинно-следственная связь между угрозой территориальной целостности Украины с одной стороны, и использованием коммунистической символики – с другой. С тем же успехом сепаратисты в пропагандистских целях могли использовать (и реально используют) государственные символы РФ, царской России (например, георгиевскую ленту), других субъектов международного права (как признанных, так и не признанных, включая символы так называемых «ДНР/ЛНР»[1]), древнеславянские руны и т. д., что отнюдь не означает необходимости запрещения их всех «одним махом». Не будем также забывать, что в подобных делах ЕСПЧ традиционно отстаивает ту точку зрения, что правонарушающими (экстремистскими и проч.) должны признаваться высказывания (в широком смысле) только во взаимосвязи с контекстом, в котором они делаются. На последнем соображении хотелось бы остановиться подробнее.

Известно, что ряд европейских стран правовыми средствами запрещают не только коммунистическую или нацистскую идеологии, но также соответствующую символику. Так, Конституция Португалии относит к компетенции конституционного суда «удостоверение законности конституирования политических партий и их коалиций, а также оценку законности их названий, аббревиатур, наименований и символов и принятие решения об их роспуске согласно Конституции и закону» (пункт (e) части 2 статьи 223) при том, что статья 46 прямо запрещает организации, проповедующие фашистскую идеологию. В ФРГ в 2005 году после скандала, вызванного попыткой Национал-демократической партии провести неонацистское шествие возле Бранденбургских ворот в день 60-летия окончания Второй мировой войны, в Уголовный кодекс была введена статья 86a, криминализировавшая «распространение или изготовление, хранение, ввоз или вывоз, а также придание общедоступного характера с помощью средств хранения данных для распространения на территории Германии или за границей пропагандистских материалов, содержание которых направлено на достижение целей бывшей НСДАП». Санкция упомянутой статьи предусматривает наказание в виде лишения свободы на срок до трёх лет или штраф. Однако в целом к запрету той или иной символики в Европе относятся крайне осторожно, опасаясь, что подобного рода ограничение может привести к «охлаждающему эффекту», препятствующему реализации всеми членами общества свободы выражения мнений, прежде всего мнений в политической сфере.

[1] Любопытно, что на гербе непризнанной ДНР изображён двуглавый орёл с геральдическим щитом с изображением Архистратига Михаила, то есть имеет место соединение элемента государственной символики современной России с библейским мифом, равно далёких от коммунистической идеологии, а на гербе непризнанной ЛНР – пятиконечная звезда в обрамлении пшеничных колосьев, также не являющаяся коммунистической символикой, исходя из буквального толкования статьи 1 Закона № 317-VIII.

В анализируемом нами деле Конституционный Суд попытался вступить в диалог с ЕСПЧ, обосновывая неприменимость конечных выводов, к которым Суд пришёл в деле *Вайнай против Венгрии*, к текущей украинской ситуации. Тогда, как известно, ЕСПЧ признал нарушением Конвенции уголовное преследование гражданина Венгрии, который во время демонстрации прикрепил на своей куртке пятиконечную звезду, что формально подпадало под действие статьи 269/B УК этой страны. Как говорится в Решении от 16 июля 2019 года, «Конституционный Суд Украины обращает внимание на то, что в упомянутом постановлении речь идёт о ситуации, когда заявитель воспользовался коммунистической символикой во время проведения законной мирной демонстрации без намерения выявить пренебрежение к принципу верховенства права (§ 53). Однако учитывая временную оккупацию РФ части Донецкой и Луганской областей, ситуация, сложившаяся в Украине в последние годы, существенно отличается от ситуации, которая была в Венгрии на момент принятия решения ЕСПЧ по

делу «Вайнай против Венгрии» (*Vajnai v. Hungary*) от 8 июля 2008 года, ведь красную звезду и другие символы коммунистического режима широко используют на временно оккупированных территориях Украины незаконные вооружённые формирования, а также самопровозглашенные органы, которые узурпировали властные функции на этих территориях, и именно поэтому являются реальной угрозой государственному суверенитету Украины, её территориальной целостности и демократическому конституционному строю» (пункт 14 мотивировочной части).

По нашему мнению, в данном случае Конституционный Суд допускает известную логическую ошибку типа «после этого – не значит вследствие этого». Даже если вывести за скобки чисто процессуальный вопрос, из каких источников Конституционному Суду стало известно, что коммунистическая символика используется бойцами непризнанных ДНР/ЛНР[1], и придерживаться его логики, то становится очевидным, что угрозу конституционно охраняемым ценностям представляет отнюдь не демонстрация советских символов как таковая, поскольку не она послужила триггером для последующих событий, а, как сказано в Решении, «оккупация РФ». Следовательно, проблема не в коммунистической символике *per se*, а в недружелюбных действиях «северного соседа».

Подчеркнём ещё раз – конституционность ограничения прав и свобод определяется не только целями защиты (даже если предположить, что с помощью исторической аргументации Суду удалось обосновать их легитимность), но и соразмерностью. Эта мера необходимости ограничения, как она понимается в Конституции Украины (часть 3 статьи 34) и международных пактах о правах человека, предполагает правомерность введения ограничения прав и свобод только тогда, когда существует реальная, а не гипотетическая угроза охраняемым благам, когда отсутствует иная возможность регулирования и не может быть обнаружен иной механизм правовой защиты конституционно значимых ценностей. Между тем никаких доказательств тому, что демонстрация коммунистической символики может вызвать к жизни угрозы, перечисленные в упомянутом положении Конституции, нет, за исключением единственного примера о сепаратистах Донбасса, которые давным-давно разработали собственную эмблематику, весьма далёкую от советской.

[1] Обращает на себя внимание то обстоятельство, что Конституционный Суд отказался от публичного разбирательства данного дела в процедуре устных слушаний, о чём ходатайствовали, в частности, представители Компартии, а избрал в качестве формы рассмотрения дела письменные слушания, которые традиционно отличаются ограниченным доступом в Зал заседаний и скорым удалением судей в совещательную комнату для подлинной дискуссии.

В своё время в отношении венгерского кейса ЕСПЧ указал следующее: «Суд внимательно отнёсся к тому, что общеизвестные массовые нарушения прав человека, совершённые при коммунизме, дискредитировали символическое значение красной звезды. Тем не менее Суд считает, что она не может олицетворять исключительно коммунистический тоталитарный режим, как это утверждало Правительство»[1] (§ 52 Постановления). Аналогичный аргумент может быть применён и в рассматриваемом деле. Ведь символы коммунистического режима используют не только члены незаконных вооружённых формирований на юго-востоке страны, но и множество законопослушных украинцев, придерживающихся левых убеждений или видящих в красной звезде символ нашей общей победы над нацизмом. Таким образом, «запрет может охватить деятельность и идеи, - резюмируется в постановлении, - которые отчётливо принадлежат к тем, что защищены статьёй 10, а удовлетворительного способа отделить различные значения инкриминируемого символа не существует. На самом деле в венгерском законодательстве даже не содержится такой попытки. Но даже если бы такое разграничение существовало, могла возникнуть неясность, оказавшая охлаждающий эффект на свободу выражения мнения и повлекшая самоцензуру» (§ 54).

В этой связи показательно, что 19 февраля 2013 года Конституционный Суд Венгрии при семи особых мнениях фактически преодолел своё решение от 9 мая 2000 года, принятое задолго до *Вайнай*, и признал запрет коммунистической и нацистской символики не соответствующим Конституции по причине нечёткости обстоятельств наступления уголовной ответственности, предусмотрен-

[1] URL: https://mmdc.ru/praktika_evropejskogo_suda/praktika_po_st10_evropejskoj_konvencii/europ_practice22/

ных в законе. Однако уже в апреле того же года соответствующие положения были уточнены, и запрет снова вступил в силу[1].

В Молдавии в 2012 году Конституционный Суд вначале отказался проверять конституционность Закона «Об исторической и политико-правовой оценке тоталитарного коммунистического режима в Молдавской ССР» в связи с тем, что «политическая и историческая оценка коммунистического режима в Молдавской ССР выходит за пределы компетенции Конституционного Суда и не может быть вопросом проверки конституционности», однако годом позже признал законодательный запрет для политических партий использовать коммунистическую символику под угрозой снятия с выборов или отказа в регистрации непропорциональным. По его мнению, подобного рода ограничение политической деятельности должно осуществляться исключительно в судебном порядке и при условии оценки программных документов партии, а не автоматически[2].

Любопытно проследить, как с аналогичным делом справился в 2011 году Конституционный трибунал Польши. Судьёй-докладчиком по нему стал лично председатель трибунала А. Ржеплинский, бывший в молодые годы активистом «Солидарности» и всегда поддерживавший тесные связи с Хельсинкской группой. В объёмном 24-страничном решении, в котором нашлось место и для книги Т. Снайдера «Кровавые земли», и для интереснейшего компаративистского исследования уголовной ответственности за демонстрацию коммунистических символов в странах Восточной Европы, было признано, что нормы УК, криминализировавшие публичную демонстрацию «фашистской, коммунистической и иной тоталитарной символики», не соответствуют Конституции Республики Польши, поскольку игнорируют императив конкретности и правовой определённости уголовно-правовых предписаний.

[1] Висновок Управління правової експертизи на конституційне подання 46 народних депутатів щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їхньої символіки» від 9 квітня 2015 року № 317-VIII // Архив Конституционного Суда Украины (не опубликовано).

[2] Там же.

В частности, вслед за ЕСПЧ трибунал повторил, что лицо не может быть привлечено к уголовной ответственности за публичную демонстрацию символов, имеющих множественное значение (пункт 5.1.2.3 Решения от 19 июля 2011 года № К 11/10)[1]. И действительно, не раз упомянутая нами красная звезда может быть расценена и как символ международного рабочего движения, и как партийная эмблема, и как модный атрибут поп-арта – всё зависит от контекста, в котором происходит её демонстрация, и тех целей, которые ставит перед собой соответствующее лицо.

В конечном итоге, приходится констатировать, что в Конституционном Суде Украины двухлетние исторические дебаты, по-видимому, отвлекли судей от по-настоящему актуальных и политически чувствительных проблем, которые не получили своего освещения в Решении от 16 июля 2019 года. Тысячу раз был прав ЕСПЧ, заметивший в одном из своих постановлений: «Суд готов учитывать исторический контекст в рассматриваемых делах… Однако взятый как единственный аргумент сам по себе этот контекст не может служить оправданием необходимости вмешательства в то или иное право» (§ 58 Постановления по делу «*Политическая организация «Партидул комунистилор (непечеристи)» и Унгуряну против Румынии*»). Истина, к которой наши страны когда-нибудь обязательно придут…

[1] URL: http://trybunal.gov.pl/fileadmin/content/omowienia/K_11_10_EN.pdf?fbclid=IwAR0mXQ13_1cK9RizkUIFtWzIJgvx1U6bHJ25aNh3PB7MyqzJOfneTTr4iyM

Для заметок

Научное издание

А. П. Евсеев

ИСТОРИЧЕСКАЯ ПОЛИТИКА В ПРАКТИКЕ МЕЖДУНАРОДНЫХ СУДОВ

Монография

Издано в авторской редакции
Ответственный за выпуск Н. М. Ярошенко
Корректор В. В. Лукъянчук
Компьютерная верстка и дизайн И. В. Москалюк
Подписано в печать 21.11.2021 г.

Формат 60х84 1/16. Бумага офсетная. Гарнитура Times.
Усл. печ. лист. 11,39. Учетн. изд. лист. 9,04
Тираж 50 экз. Зак. №2108/1

Напечатано с оригинал-макета,
изготовленного Издательством "Юрайт"
(Свидетельство о внесении в государственный реестр
субъектов издательской деятельности:
серия ДК № 4236 від 22.12.2011 г.),
в типографии ФЛ-П Дуюновой Т. В.