

Д. Э. Видус

ВОПРОС О ГРУППАХ ОХРАНЯЕМЫХ, КОНВЕНЦИЕЙ «О ПРЕДУПРЕЖДЕНИИ ПРЕСТУПЛЕНИЯ ГЕНОЦИДА И НАКАЗАНИИ ЗА НЕГО» И ИДЕНТИФИКАЦИИ ЖЕРТВ ГЕНОЦИДА

Аннотация. Данная работа затрагивает одни из самых острых вопросов, которые поднимаются в научном мире по поводу расширения охраняемых конвенцией «О предупреждении преступления геноцида и наказания за него» (далее – конвенция о геноциде) групп и их идентификации в результате уже совершённого преступления. На доктринальном уровне, давно вставал вопрос о расширении охраняемых конвенцией о геноциде групп. Более того, это уже давно носит характер практики, так как некоторые страны, в своих внутренних законах начали искажать конвенцию что, в свою очередь, вызывает большую путаницу и, во многих случаях затрагивает вопросы справедливости.

Что же касается идентификации жертв, то в этом случае в работе, рассмотрены практические подходы, которые были применены Международным Трибуналом по бывшей Югославии (далее – МТБЮ) и Международным Уголовным Трибуналом по Руанде (далее – МУТР), которые вызвали достаточно резкую критику со стороны научного сообщества. Так же, в работе даны определения каждой из охраняемых групп, так как конвенция о геноциде содержит один громадный пробел – в ней нет определения ни одной из групп.

Ключевые слова: международное право, трибунал, охрана, геноцид, Руанда, Югославия, идентификация, жертвы, холокост, конвенция.

Расширение охраняемых групп

Прежде чем мы будем говорить о группах, которые охраняются конвенцией о геноциде, необходимо установить, что такое геноцид, какова его концепция, и какова его сущность. Естественно, что автор работы не будет проводить полный анализ данного преступления, а затронет лишь его основную суть.

И так, само понятие «геноцид» происходит от греческого слова *genos*, в общем смысле означающего возникновение, происхождение применительно к семье, предкам, а также роду, племени или расе, и суффикса *cide* от латинского *caedere* — «убивать» (доп. автора – этому моменту необходимо особое внимание читателя, так как он является ключевым в вопросе о расширении охраняемых групп). Он был впервые введен в обиход Рафаэлем Лемкиным¹ в своей знаменитой книге

«Правление государств «Оси» в Оккупированной Европе» (*Axis Rule in Occupied Europe*). Следует отметить, что изначально Лемкин говорил только об уничтожении национальной и этнической групп.² Далее, список групп, конечно же, был расширен и получил ту форму, которую мы сейчас имеем. И так, согласно со статьёй второй конвенции о геноциде, под геноцидом мы понимаем: «действия, совершаемые с намерением уничтожить, полностью или частично, какую-либо национальную, этническую, расовую или религиозную группу как таковую:

- а) убийство членов такой группы;
- б) причинение серьезных телесных повреждений или умственного расстройства членам такой группы;

stmt091208.shtml (Дата обращения 09.03.2010.)

² Lemkin R. *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*. Washington: Carnegie Endowment for International Peace. 1944. y. p. 80.

¹ Канцелярия специального советника генерального секретаря по предупреждению геноцида. Программное заявление <http://www.un.org/russian/preventgenocide/adviser/>

с) преднамеренное создание для какой-либо группы таких жизненных условий, которые расцениваются на полное или частичное физическое уничтожение ее;

д) меры, рассчитанные на предотвращение деторождения в среде такой группы;

е) насильственная передача детей из одной человеческой группы в другую».

В данном случае, автор работы хотел бы отметить, что нормы геноцида присутствуют и в «Международном пакте о гражданских и политических правах» от 16 декабря 1966 года³, и в «Конвенции о неприменимости срока давности к военным преступлениям и преступлениям против человечества» от 28 ноября 1968 года⁴, и в Римском статуте Международного уголовного суда от 17 июля 1998 года.⁵ Нормы о геноциде содержащиеся во всех перечисленных документах соответствуют конвенции о геноциде: МУТР⁶, МТБЮ⁷, Экстраординарная судебная палата в Камбодже⁸. И все они, как один соответствуют тексту конвенции о геноциде.

Для более четкого представления о геноциде необходимо отметить, что список преступлений включает в себя акты против физической и психической целостности членов группы, а так же

против её существования или биологической непрерывности.⁹

Теперь, после ознакомления с понятием геноцида мы можем говорить о его объекте. Прямым объектом геноцида являются общественные отношения, которые обеспечивают безопасные жизненные условия для расовых, национальных, этнических и религиозных групп. Т.е., если посмотреть под другим углом, то прямой объект геноцида, как международного преступления сужен до расовой, национальной, этнической или религиозной группы. В данном случае, как раз и возникает спор о том, что необходимо расширить объект геноцида (т.е. охраняемы группы). Широко известный юрист-международник и судья МТБЮ Антонио Кассезе подчёркивал, что геноцид не включает в себя культурный геноцид (т.е. уничтожение культуры и языка группы), политическую и экономическую группы.¹⁰ Не менее известный юрист-международник М. Шериф Бассиони, так же подтверждал, что конвенция обошла стороной политическую группу.¹¹

Идея о расширении конвенции о геноциде имеет не только доктринальный уровень. Самое негативное, на взгляд автора, явление, что такая идея получила отражение во внутренних законах различных стран. Некоторые государства пошли по пути расширения конвенции, включая в свои уголовные кодексы не включённые в саму конвенцию группы. Иными словами государства начали «искажать» конвенцию. Например, статья 313 Code penal (фра.- уголовный кодекс) Буркина-Фасо в перечень охраняемых групп включает не только расовую, национальную, этническую и религиозную группу, но и «группу любого другого критерия»¹². В уголовный кодекс Эфиопии включена политическая группа¹³, в уголовном кодексе

³ International Covenant on Civil and Political Rights. General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966. (Дата обращения 24.10.2011.) <http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr.htm>

⁴ Конвенция о неприменимости срока давности к военным преступлениям и к преступлениям против человечества <http://www.memo.ru/prawo/hum/warcrim.htm> (Дата обращения 24.10.2011.)

⁵ Римский статут Международного уголовного суда [http://www.un.org/ru/law/icc/rome_statute\(r\).pdf](http://www.un.org/ru/law/icc/rome_statute(r).pdf) (Дата обращения 10.09.2011.)

⁶ Устав Международного Трибунала по Руанде <http://www.un.org/ru/law/ictt/charter.shtml> (Дата обращения 24.10.2011.)

⁷ Там же

⁸ Law on the establishment of extraordinary chambers in the courts Cambodia for the prosecution of crimes committed during the period of Democratic Kampuchea http://www.cambodiatribunal.org/CTM/Domestic_Cambodian_Law_as_amended_27_Oct_2004_Eng.pdf?phpMyAdmin=8319ad34ce0db941ff04d8c788f6365e&phpMyAdmin=ou7lpwtyV9avP1XmRZP6FzDQz3&phpMyAdmin=KZTGHmT45FRCAiEg7OLlzXFdNJ4 (дата обращения 24.10.2011.)

⁹ Gaeta P., The United Nations Genocide Convention. A Commentary. Edit by Gaeta P., Oxford University press. 2009y. p.31.

¹⁰ Cassese, A., International criminal law. second edition. Oxford University press. USA. 2008.y, p.96-97

¹¹ Bassiouni, M., C., International criminal law. 2nd. edition. Martinus Nijhoff Publishers. USA. 2008.y. p.597

¹² Code Pénal Burkina Faso. 13 Novembre 1996 portant http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?page=search&docid=3ae6b5cc0&skip=0&query=Code_Pénal_burkina_faso (дата обращения 10.09.2011.) art.313.

¹³ Criminal Code of the Federal Democratic Republic of

Польша к политической группе присоединена ещё и группа с определёнными взглядами¹⁴. В уголовном кодексе Республики Беларусь так же, присоединена политическая группа и группа любого другого критерия.¹⁵ К таким государствам, которые расширили конвенцию о геноциде относятся Канада, Коста-Рика, Перу, Панама, Бангладеш.¹⁶ Не смотря на такое количество стран, которые расширили конвенцию о геноциде и возможное пополнение этого количества другими странами, автор работы выражает своё полное несогласие с таким искажением.

- Во-первых, давайте попытаемся понять, что будут означать группы «любого другого критерия» и «определённого мировоззрения». Совершенно не является понятным, что означают эти группы. Под эти определения, в таком случае, может попасть любая группа существующая в обществе. Например, охотники, рыбаки, любители гольфа и т.д. И как себе можно представить геноцид охотников или рыбаков? На взгляд автора, если уже и будет иметь место уничтожение этих групп, то это будет совершенно иное преступление, но ни как не геноцид.
- Во-вторых, возвращаясь к высказываниям А. Кассезе о культурном геноциде. Тут, автор работы, соглашается с профессором Университета Флоренции Паолой Гаэтой (Paola Gaeta), которая утверждала, что культурный геноцид воспринимается, как достаточно расплывчатая концепция, и отличие от массовых убийств и, например, закрытие библиотек достаточно существенное.¹⁷ В добавок,

Ethiopia. Proclamation No. 414 of 2004, 9 May 2005. <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?page=search&docid=49216b572&skip=0&query=Criminal Code of the Federal Democratic Republic of Ethiopia> (дата обращения 10.09.2011.) art.269.

¹⁴ Kodeks Karny Republiki Polska. 01.01.1997.g. <http://karne.pl/karny.html> (дата обращения 10.09.2011.) art.118.

¹⁵ Уголовный Кодекс Республики Беларусь. от 3 июля 2011 г. №282-3 <http://www.pravo.by/webnpa/text.asp?RN=hk9900275#&Article=127> (дата обращения 10.09.2011.) статья 127.

¹⁶ Schabas, W., A., *Genocide in International Law*. Cambridge University Press. Cambridge, United Kingdom. 2000.y, p. 351.

¹⁷ Gaeta P., *The United Nations Genocide Convention. A Commentary*. Edit by Gaeta P., Oxford University press. 2009y. p.89.

большинство членов Генеральной Ассамблеи ООН (далее ГА) согласились с выводами, что культурный и физический геноциды не могут быть включены в один инструмент.¹⁸ Тем самым мы видим, что П. Гаэта лишь интерпретировала решение ГА. Но, здесь следует добавить, достаточно убедительные размышления М.Ш. Бассиони, что: «уничтожение исторических объектов и памятников, с запретом на культурное выражение может предоставить, косвенные доказательства намерения уничтожить группу¹⁹».

- На взгляд автора работы, у исследователей международного права чисто доктринальный, теоретический характер, который не имеет практического обоснования. Тот факт, что некоторые государства в своих уголовных кодексах расширили конвенцию, не означает, что она должна быть расширена в других государствах или дополнена на международном уровне.
- Теперь мы вернёмся к самому началу определения «геноцид» (см. ст. 3). Как было написано выше, геноцид состоит из слов *genos* в смысле - происхождение применительно к семье, предкам, роду, племени или расе, и *cide* от латинского *caedere* — «убивать». Таким образом, сама концепция охраняемой группы понимается, как совокупность людей, имеющая генетически-родовой признак. Т.е. индивид не может сменить группу, как например, политическую партию. Можно задать вопросом, а почему же была включена религиозная группа, ведь, если посмотреть с атеистической точки зрения, то религию можно сменить в любой момент? На этот счёт, у автора работы есть следующие ответы:

1) Истинно верующий человек, не смотря на то какую религию он исповедует, в большинстве случаев предпочтёт смерть, нежели предательство своей религии.

2) История дала человечеству достаточно обоснований для того, чтобы эта группа была защищена. Исторических примеров истребле-

¹⁸ Bassiouni, M., C., *International criminal law*. 2nd. edition. Martinus Nijhoff Publishers. USA. 2008.y. p.599.

¹⁹ M. Cherif Bassiouni. *International criminal law*. 2nd. edition. Oxford University press. p.599.

ния групп по религиозным признакам более чем достаточно. Взять хотя бы геноцид боснийских сербов, которые были мусульманами.

- И последний, но самый важнейший аргумент из всех вышперечисленных, является тот факт, что остальные группы включены в «Преступления против человечности» (ст. 7 п. h Международного Уголовного Суда).

Тем самым, на данной стадии своих исследований, автор работы не видит ни какого смысла расширения охраняемых групп.

Если мы посмотрим на искажение конвенции в общем смысле, то тут нужно заметить, что не все страны пошли только по пути расширения конвенции. Некоторые страны начали сужать её в своих национальных уголовных кодексах. Например, Канадская комиссия, назначенная рекомендовать законодательные меры заявила: «Мы считаем, что определение геноцида следует проводить более узко, чем в международной конвенции, с тем чтобы включить только её значительные эквиваленты». Ряд государств посчитал, что не требуются никакие новые законы, потому что основные преступления, убийства и причинение серьёзного физического и морального вреда, уже являются частью уголовного права. Некоторые придерживаются мнения, что нет необходимости в новом законе, поскольку конвенция имеет силу закона. Некоторые государства заняли позицию, поскольку в их обществе не существует национальной, этнической, расовой или религиозной группы, или потому, что равенство обеспечивается для всех граждан независимо от происхождения, не дали законной защиты группам. В Шестом комитете, Бельгия заявила о том, что конституция и уголовный кодекс содержат все необходимые положения для подавления геноцида. Канада считает, положение о геноциде ненужно по отношению к «пропаганде геноцида». Немиах Робинсон (Nemiah Robinson) по данному случаю полагает, что следует иметь в виду: «с точки зрения групп меньшинств, которые могут подвергаться деяниям, предусмотренным в конвенции, имеет большую разницу, по сравнению с теми деяниями, в отношении которых возбуждено уголовное дело на основе «обычных» нарушений уголовного кодекса». В любом случае данный подход является не приемлемым.²⁰

²⁰ Schabas, W., A., *Genocide in International Law*. Cambridge

Автор работы полностью соглашается с Н. Робинсоном, так как любое искажение конвенции о геноциде, по мнению автора работы, приводит к большому заблуждению и несправедливости. Так как данное исследование направлено на изучение конвенции о геноциде в расширенном смысле, то давайте рассмотрим следующую ситуацию. Допустим, что преступник уничтоживший политическую группу в какой-либо стране, после совершённых им деяний оказывается на территории Польши или Белоруссии. Одно из этих государств, в котором находится преступник, имея доказательства его деяний и пользуясь правом универсальной юрисдикции, привлекут его к ответственности за геноцид, когда его деяния по конвенции о геноциде не будут являться геноцидом. Интерпретируя данный подход государств, которые расширили конвенцию о геноциде во внутрисударственном праве, автор работы, заключает, что такой подход противоречит общепризнанному принципу *nulla roena sine lege*. А это означает, что государства сознательно пошли на ущемление самых базовых прав человека. Продолжая мысль Н. Робинсона, о разнице «обычных» нарушений уголовного кодекса и геноцида, автор работы рассмотрит эти различия через призму Уголовного Кодекса (далее УК) РФ. И так, за совершение преступления геноцид, УК РФ даёт судье альтернативу – либо лишение свободы от 12 до 20 лет, либо пожизненно. За «обычное» убийство, т.е. умышленное причинение смерти другому человеку УК РФ (ст. 105 «убийство») содержит санкцию от шести лет до 15. Однако в данном случае следует отметить, что в УК РФ статье 105 ч.2 п. л содержится норма – убийство по мотивам политической, идеологической, расовой, национальной или религиозной ненависти или вражды либо по мотивам ненависти или вражды в отношении какой-либо социальной группы.²¹ Становится вопрос, зачем нужна отдельная норма геноцида во внутреннем праве, если можно обойтись и так? Ответ таится, в самой дефиниции геноцида, а именно:

University Press. Cambridge, United Kingdom. 2000.у. p. 352.

²¹ Уголовный Кодекс Российской Федерации в ред. Федерального закона от 24.07.2007 N 211-ФЗ. <http://www.consultant.ru/popular/ukrf/> (Дата обращения: 10.09.2011.) ст. 357; 105.

- В словах «полное или частичное уничтожение» охраняемой группы. В результате действий должны быть последствиями полного или частичного исчезновения группы.²²
- Особый, дискриминационный умысел или как его ещё именуют *dolus specialis* («действия, совершаемые с намерением уничтожить» охраняемую группу). Доказательство дискриминационного умысла было рассмотрено во многих делах по бывшей Югославии. Так, например, судебная палата в деле Блашкича, определила умысел как «особый умысел нанести персоне вред, основываясь на принадлежности к конкретному обществу или группе».²³ Основным элементом геноцида, который отличает его от всех остальных, является *dolus specialis*, который основывается на обстоятельстве: «полностью или частично уничтожить национальную, этническую, расовую или религиозную группу как таковую».²⁴ Таким образом, «обычное» убийство, которое предусмотрено в ст. 105 ч.2 п. л никак не попадает под квалификацию геноцид, так как оно имеет единичный случай. Иными словами убийство пяти членов по мотивам ненависти или вражды никак не будет являться широкомасштабным преступлением, которое будет являться следствием полного или частичного исчезновения одной из охраняемых групп. Следовательно, утверждение стран о том, что конституция и нормы уголовного кодекса регулируют данный вид общественных отношений, является крайне некорректным в юридическом понимании «обычных» преступлений и геноцида. Существуют ещё доказательства неправильности данных утверждений, однако, мы не будем рассматривать остальные правовые «ингредиенты» геноцида, так как этих двух достаточно для доказательства ошибочности высказываний.

²² Zahar A., & Sluiter G., *International criminal law: A Critical Introduction*. Oxford. Oxford University Press. 2008.y, p.175.

²³ *Prosecutor v. Tihomir Blaskic (Trial Judgement)*, IT-95-14-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 3 March 2000. para. 235.

²⁴ Kalniņa I., Pāvila D. *Genocīds kā starptautisks noziegums*. Jurista vārds. Nr. 33(291). 16.09.2003. 12.lpp.

Определение охраняемых групп

Вопрос «охраняемых» групп является очень актуальным и в тоже время спорным, так как нет точного определения той или иной группы, которое будет полностью исчерпывающим, не смотря на то, что определений было дано достаточное количество. Так же определения «охраняемых» групп влияют на судебные решения, о чём будет сказано чуть ниже.

Так, в деле Акаесу, трибунал по Руанде дал определения всем группам. Давая определение, трибунал сослался на решение Международного суда правосудия по делу Ноттенбома. Согласно с которым, под национальной группой понимается: «совокупность людей, которые разделяются правовыми связями на основе общего гражданства, которые связаны взаимными правами и обязанностями».²⁵ Трибунал не учёл что, в деле Ноттенбома, суд был заинтересован в основании «национальности», а не в членстве в «национальной группе». Различия между этими понятиями значительные, поскольку Международный суд правосудия фокусировался на соответствии между формальным допущением «национальности» и реальной связью индивида и его или её государства гражданства. Дело Ноттенбома не адресовано на ситуацию национальных меньшинств, которые разделяют культурные и другие связи с определённым государством, которые могут являться носителями национальности другого государства или апатридами. Поэтому, ссылка Трибунала по Руанде на дело Ноттенбома является несовершенной.²⁶ Само по себе понятие очень узкое, и в некоторых случаях оно не сможет охарактеризовать национальную группу. Европейская комиссия за демократию через закон (*European commission for democracy through law*), охарактеризовала группу национального меньшинства определённого государства, как группу, члены которой, являются гражданами этого государства, имеющие этническую, религиозную, языковую отличительную особенность от остального населения, и руководствующаяся

²⁵ *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu (Trial Judgement)*, ICTR-96-4-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 2 September 1998. art. 512

²⁶ Schabas W.A., *Genocide in International Law*. Cambridge University Press. 2000.y. p.115.

стремлением защищать свою культуру, традиции, религию или язык.²⁷ В этом случае необходимо отметить, европейская комиссия давала определение национальной группе, как национальному меньшинству определённого государства. Очень интересным был вывод в ходе дискуссии о дефиниции геноцида. Тогда специальный докладчик комиссии международного права Дууду Тиам отметил, что национальные группы часто включают в себя несколько различных этнических групп. Однако нация не совпадает с этническими группами, но характеризуется общим желанием жить вместе, общей целью и общими стремлениями.²⁸ Так же, следует отметить, что «национальность», в смысле гражданства определённого государства не должна путаться с «национальностью», в смысле членства в определённой нации в восприятии расы.²⁹ Исходя из вышесказанного автор работы, предоставляет своё определение национальной группы, как группы меньшинства, то она должна пониматься, как группа национального меньшинства в определённом государстве, у членов которой есть или нет его гражданства (апатриды – имеющие связь с государством проживания, но не являются гражданами в полном размере. Такое практикуется в странах Прибалтики); и состоящая из одной или нескольких этнических групп, отличающихся от остального населения по этническому, религиозному, культурному и лингвистическому признаку, имеющая общие цели и стремления, и готовая защищать свою культуру, традиции, язык и общие интересы группы.

После событий, произошедших в Камбодже, появился новый термин под названием «авто-геноцид». Под авто-геноцидом, следует понимать массовые убийства членов группы, к которой принадлежит сам преступник.³⁰ Однако такие

массовые убийства членов группы, к которой принадлежит сам преступник, не совместимы с целями конвенции о геноциде, которая защищает национальные меньшинства от преступлений, которые базируются на этнической ненависти. Такие преступления легче квалифицировать, как преступления против человечности.³¹ Например, если тиран в своей стране уничтожает собственное население, то его нельзя привлекать к ответственности за геноцид, так как он сам является частью уничтожаемого им народа. Никакой связи между геноцидом и подобными действиями проводить нельзя, так как она не соответствует самой мысли конвенции о геноциде, которая защищает членов одной группы от членов другой. Само понятие «авто-геноцид» является абсурдным, так как уничтожать группу, к которой принадлежит сам преступник, из-за ненависти к ней же имеет не серьёзный и даже не обоснованный мотив.

Этническую группу трибунал охарактеризовал, как группу, члены которой разделяют общий язык или культуру.³² В принципе эта характеристика мало чем отличается от той, которую дала ООН. ООН определила этническую группу, как «набор индивидов, отличительная черта которых заключается с точки зрения общекультурных традиций или наследия».³³ Однако не только определение самой группы вызывают сложности. Так на заседании шестого комитета, некоторые страны не видели различия между этнической и расовой группой. Замечая путаницу между этими двумя терминами, представители от Гаити выдвинули предложение, что термин «этническая группа» вполне можно применить, когда проблематично применение «расовой группы».³⁴ Малькольм Шоу (Malcolm Shaw), по поводу того, что достаточно сложно найти различие между «этнической» и «расовой» группами, выдвинул следующее предложение: «предпочтительнее будет сложить эти

²⁷ European Commission for Democracy Through Law. The protection of minorities. [http://www.venice.coe.int/docs/1994/CDL-STD\(1994\)009-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/1994/CDL-STD(1994)009-e.asp) (дата обращения 24.03.2010.). para.2.

²⁸ Fourth report on the draft code of offences against the peace and security of mankind, by Mr. Doudou Thiam, Special Rapporteur. http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_398.pdf (Дата обращения 24.03.2010.). para.57.

²⁹ Jennings R. and Watts A. Oppenheim's International Law. 9th edition. Volume II. Longman. 1996.y. – 857.p.

³⁰ Report on the mass killings in Kampuchea (Cambodia). UN Doc. E/CN.4/SR.1510. para.22.

³¹ Schabas W.A. Genocide in International Law. Cambridge University Press. 2000.y. p.120.

³² The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu (Trial Judgement), ICTR-96-4-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 2 September 1998. art. 513.

³³ Genocide Convention Implementation Act of 1987. note 74

³⁴ Schabas W.A. Genocide in International Law. Cambridge University Press. 2000.y. p. 124.

две концепции вместе, для того чтобы охватить соответствующие группы, нежели пытаться их различить, что приведёт к появлению пробелов в каждой из них».³⁵

Резюмируя записи встреч шестого комитета, не раскрывается чистое разграничение концепции этнической группы, которая была упомянута, как «подгруппа национальной группы», а так же как синоним «расовой группы» и «лингвистической». Фактически «этническая группа» была включена в список II статьи, как остаточная категория остальных групп. Как было сказано шведским делегатом: «прилагательное «этнический» служит для того, чтобы продлить защиту в сомнительных судебных делах».³⁶ И всё-таки, с определением данным трибуналом по Руанде и ООН, можно не согласиться. Во-первых, это определение не полное, а во-вторых, оно достаточно расплывчатое. Согласно с С.М. Широкогоровым, который в 1923 г. ввёл понятие «этнос», этносом является: «группа людей, говорящих на одном языке, признающих свое единое происхождение, обладающих комплексом обычаев, укладом жизни, хранимых и освященных традицией и отличающихся ею от таковых других групп».³⁷ Важнейший фактор этноса является этническое самосознание, т.е. осознание людьми, составляющими этническую общность, своей принадлежности именно к этой, а не к какой-либо другой общности. Тем самым он осознает данную общность как «свою», а остальные как «чужие», данную культуру как «свою», а остальные как «чужие». Если члены той или иной культурно-языковой общности не обладают этническим самосознанием, то эта группа не является этносом.³⁸ Именно этот фактор не учли разработчики конвенции и судьи международного трибунала, что вызвало огромную путаницу. В этом случае следует провести грань между национальной группой и этнической. В понимании автора данной работы, не следует пу-

тать язык, культуру, традиции и обычаи, которые были синтезированы несколькими этническими группами и в совокупности, выражающие национальную культуру с культурой, традициями и обычаями одного отдельного этноса. Иными словами этнос, не зависимо, к какой национальности он принадлежит, остаётся этносом по причине того, что соблюдает свои отдельные, присущие только ему традиции и обычаи. Автор работы считает, что определение этноса, данное С.М. Широкогоровым, является полным и в каком либо дополнении не нуждается. Единственное, что может вызвать спорные вопросы, так это вопросы интерпретации данного определения, которое автор сделал чуть выше.

Расовая группа, исходя, из параграфа 514 в деле Акаесу «базируется, на наследственных физических чертах часто определяется географическим регионом, независимо от языкового, культурного, национального или религиозного фактора».³⁹ Такое же мнение разделяет и ООН.⁴⁰ Не смотря на различие определений расовой и этнической групп, очень сложно найти различия между ними, как было упомянуто об этом выше. Продолжая вопрос о различии между этими группами, основываясь на доводах специального докладчика Дуудоу Тиам, можно утвердить, что они различаются в том, что: «этническая связь является больше культурной. Она основывается на культурных ценностях и характеризуется образом жизни, образом мышления и таким же взглядом на жизнь и вещи. Расовый же элемент относится к общим физическим чертам».⁴¹

Ну и под религиозной группой суд понимал, как «группу, члены которой разделяют одну религию, деноминацию или способ поклонения».⁴² Концепция «религиозной» группы охватывает теистические, не теистические и атеистические

³⁵ Ibid. p.126.

³⁶ Fanny M. The notion of «Protected group» in the genocide convention and its application. //The United Nations Genocide Convention. A Commentary. Edited by Paola Gaeta. Oxford University press. 2009.у. p.114-115; 116.

³⁷ Широкогоров С.М. Этнос. Шанхай, 1923 г. ст. - 13.

³⁸ Семёнов Ю. Этнос, расы, нации (дата обращения 24.10.2011.) http://scepsis.ru/library/id_75.html

³⁹ The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu (Trial Judgement), ICTR-96-4-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 2 September 1998. art. 514.

⁴⁰ Genocide Convention Implementation Act of 1987. note 74

⁴¹ Fourth report on the draft code of offences against the peace and security of mankind, by Mr. Doudou Thiam, Special Rapporteur. http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_398.pdf (Дата обращения 31.03.2010.) para.58.

⁴² The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu (Trial Judgement), ICTR-96-4-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 2 September 1998. art. 515.

общины, которые объединены духовным единством.⁴³ Конечно, можно и поспорить с включением «религиозной» группы в разряд «охраняемых» групп, так как сущность геноцида заключается в том, что критерий принадлежности к группе основывается на объективном критерии, а не на субъективном⁴⁴, потому что её члены имеют полное право, как вступить в неё, так и уйти из неё.⁴⁵ Однако история заставляет разработчиков конвенции включить религиозную группу в список охраняемых групп. Вдобавок, испанский судья Гарзон, в уголовном процессе против чилийских и аргентинских репрессоров, заключил: «[...] полное или частичное, систематическое и организованное уничтожение атеистической или не христианской идеологии, для навязывания христианской идеологии, является геноцидом».⁴⁶ Из вышесказанного, автор работы заключает, что геноцид, совершаемый по религиозным мотивам, не обязательно должен быть направлен только против верующих групп, он так же может совершаться и против атеистов. Хотя атеисты относятся с безразличием к вере, их идеология попадает под концепцию именно религиозных взглядов, поэтому их причисление к данной группе является полностью обоснованной.

Идентификация жертв геноцида

Вопрос об идентификации жертв геноцида является существенным и спорным, ведь с того момента, когда начали свою работу международные уголовные трибуналы по Руанде и бывшей Югославии, мнения о подходах идентификации жертв разделились не только у юристов, изучающих проблемы геноцида, но и у самих судей этих трибуналов. По сути, в трибуналах не было дано определения того, что такое идентифика-

ция жертв геноцида. Однако это не означает, что проблема идентификации национальных и этнических меньшинств является незнакомой специалистам международного уголовного права.⁴⁷ Не смотря, на то, что идентификация жертв геноцида в большей степени относится к социологическому или криминалистическому вопросу, она является фундаментальным элементом геноцида.⁴⁸

На практике, а в частности в трибуналах по Руанде и бывшей Югославии, проблемными и острыми стали вопросы об определении национальной и этнической групп. К рассмотрению этих вопросов мы вернёмся позже, а пока попробуем понять, что такое идентификация жертв. Было дано достаточно много определений самого слова «идентификация», но мы будем рассматривать его через призму криминалистики. В общей теории криминалистики, идентификация означает – процесс изучение объекта с целью отличить его от предметов материального мира по совокупности индивидуальных признаков.⁴⁹ От общего понятия «идентификация» в криминалистическом смысле мы перейдём к понятию «идентификация личности» в судебно-медицинском. В учебнике по судебной медицине идентификация личности означает установление личности конкретного человека по совокупности всех свойств и признаков, отличающих его от других людей.⁵⁰ Исходя из данного определения, автор работы заключает что, идентификация жертв геноцида это – установление жертв, пострадавших в результате геноцида, которые принадлежат к конкретной охраняемой конвенцией группе, по совокупности всех свойств и признаков этой группы, отличающих её от других групп.

Для того чтобы определить жертв преступления есть два пути определения члена группы. Во-первых, могут быть применены объективные

⁴³ Bassiouni M.C. International criminal law. 2nd. edition. Oxford University press. p.599.

⁴⁴ Schabas W.A. Genocide in International Law. Cambridge University Press. 2000.y. p.137.

⁴⁵ Всеобщая декларация прав человека. Принята и провозглашена резолюцией 217 А (III) Генеральной Ассамблеи от 10 декабря 1948 года. <http://www.un.org/russian/document/declarat/declhr.htm> (Дата обращения 31.03.2010.) статья 18.

⁴⁶ The Criminal Procedures against Chilean and Argentinean Repressor in Spain. (дата обращения 24.10.2011.). <http://www.derechos.net/marga/papers/spain.html> note 106

⁴⁷ Schabas W.A. Developments relating to minorities in the law on genocide// Synergies in minority protection. Edited by Kristin Henrard and Robert Dunbar. Cambridge University Press. 2008.y. p.194.

⁴⁸ Verdirame G. The Genocide Definition in the Jurisprudence of Ad Hoc Tribunals. International and Comparative Law Quarterly. Volume 49, part 3. 2000y p.588.

⁴⁹ Autoru grupa profesora A. Kavaliera vadībā. Kriminālistika pirmā daļa. LPA izdevums. Rīga. 1999.g. 91.lpp.

⁵⁰ Судебная медицина. Под редакцией В.М. Смольянинова. Москва. «Медицина». 1982.г. стр. 420.

критерии. Во-вторых, членство в группе может быть решено на базе субъективной идентификации, либо самими жертвами, либо виновниками преступления. Проблема объективного критерия заключается в том, что правила о членстве в группе почти всегда являются спорными. Например, в деле о холокосте был применён объективный критерий членства и идентификации. Только тогда, когда устанавливалось, что жертвы «реально» являются евреями, совершался геноцид⁵¹.

В трибуналах по Руанде и бывшей Югославии вопрос об идентификации жертв геноцида был очень острым.

В трибунале по Руанде мнения судей по поводу критериев определения разделились на две группы. Одна группа судей поддерживала точку зрения, что группа должна иметь какое-нибудь объективное существование. Другие утверждали, что виновник, который определяет существование и определение группы независимы от объективных соображений.⁵² Если мы углубимся в рассмотрение этого дела, то увидим, почему судьи придерживались субъективного критерия преступников.

Для того чтобы разобраться, что довело до геноцида в Руанде, палата решила обратиться к историческим событиям, происходившим в Руанде начиная с доколониального периода до 1994 года.⁵³

Изначально судебная палата в деле Акаесу рассматривала группу Тутси как этническую группу.⁵⁴ В XX веке различие между Хуту и Тутси базировались на происхождении, а не на этнической принадлежности. Демаркационная линия размывалась, тем, что они могли перемещаться из одного статуса в другой или через вступление в брак.⁵⁵ Отправной точкой конфликта стало раз-

деление Тутси и Хуту на разные политические силы.

В 1956 году в ходе выборов избиратели голосовали на «строгом этническом происхождении», но это разделение было расценено судебной палатой, как политическое.⁵⁶ Что не попадает под юрисдикцию Конвенции о геноциде. Однако события, произошедшие в 1993 году заставили судебную палату изменить своё мнение и признать, что связи, построенные на родстве Хуту вновь начали превалировать над политическими разногласиями.⁵⁷ Экономический, социальный и политический конфликт рассматривался больше как этнический конфликт.⁵⁸

Вызывает огромное удивление то, что близясь к своему логическому завершению, по делу Акаесу, выдвигается новая теория. Она заключалась в том, что Тутси не является одной из четырёх групп защищаемой Конвенцией о геноциде.⁵⁹ Это следует из свидетельских показаний Андре Гуичаоа, профессора социологии и экономики Лилльского Университета: «все группы в Руанде разделяли одну национальную территорию, разговаривали на одном языке, верили в одни мифы и разделяли одни обычаи».⁶⁰ Из этого свидетельского заключения следует, что Тутси не попадает в разряд «охраняемых» Конвенцией о геноциде групп. Однако судебная палата, не смотря на все доводы, отнесла Тутси к охраняемым группам. Так в параграфе 511 дела Акаесу было заключено: «из «travaux préparatoires» (фр. – подготовительные документы) Конвенции о геноциде представлено, что преступление геноцида нацелено на «стабильные» группы, состоящие из постоянных членов, которые определяются рождением, за исключением более «мобильных» групп, которые объединены индивидуальными добровольными обязательствами, как полити-

⁵¹ Verdirame G. The Genocide Definition in the Jurisprudence of Ad Hoc Tribunals. *International and Comparative Law Quarterly*. Volume 49, part 3. 2000y p.588.

⁵² Schabas W.A. *Developments in the law of genocide// Yearbook of International Humanitarian Law*. Volume 5 (2002). The Hague.TMC Asser Press. 2005.y. p.139.

⁵³ The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu (Trial Judgement), ICTR-96-4-T. International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR). 2 September 1998. para.78.

⁵⁴ Zahar A. & Sluiter G. *International criminal law*. Oxford 2008y. p.158.

⁵⁵ The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu (Trial Judgement),

ICTR-96-4-T. International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR). 2 September 1998. para.81.

⁵⁶ Ibid. para. 87.

⁵⁷ Ibid. para. 97.

⁵⁸ Ibid. para. 99.

⁵⁹ Zahar & Sluiter G. *International criminal law*. Oxford 2008y. p.160.

⁶⁰ The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana (Trial Judgement). ICTR-95-1-T. International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR). 21 May 1999. para.34.

ческие и экономические группировки. Таким образом, членство в такой группе не изменяется самими членами этой группы, которые принадлежат к ней автоматически, по рождению, в продолжающемся и непоправимом образе». ⁶¹ Из трибунала можно понять, что суд искал автономные определения каждого из четырёх терминов, но всё тщетно. ⁶² Это ещё раз подтверждает о неспособности Конвенции защитить охраняемые группы, так как конвенция не имеет точного определения и разграничения групп. Но суд не учёл того, что роль *travaux préparatoires* существует для оказания помощи в разъяснении двусмысленных или неясных терминов, или тех, которые явно являются абсурдными или неразумными. ⁶³

И так, что же касается разногласий судей, то они видны в деле Кайшема и Рузиндана. Если в деле Акаесу судебная палата определила Тутси, как «стабильную» группу, то уже в деле Кайшема и Рузиндана, этническая группа может быть «группа определённая другими группами, как таковая, включая виновников преступления». ⁶⁴ Из этого судебная палата заключает, что Тутси является этнической группой, базируясь на том, что государство выдавало удостоверение личности, которое определяло их, как таковых. ⁶⁵ Таким образом, судебная палата отталкивалась от субъективных критериев. Опираясь на дело Акаесу, судьи Международного Уголовного трибунала по Руанде в деле Кайшема и Рузиндана, предположили, что объективный и субъективный методы были альтернативными и не кульминативными путями к фактической идентификации этнической группы. Из данных разногласий следует заключить, что для того, чтобы подобные дела не вызывали сомнения необходим дополнительный

протокол к конвенции о геноциде, в котором будут даны чёткие определения всех охраняемых групп, от которых судьи могли отталкиваться без разногласий.

В Международном трибунале по бывшей Югославии, так же, стал вопрос о субъективном и объективном критерии. Только на этот раз речь идёт не об этнической группе, а о национальной.

Уже в деле Благоевича и Брдянина высказывалось мнение о том, что: «соответствующая охраняемая группа идентифицируется способом субъективного критерия стигматизации группы, в частности самими преступниками, на базе восприятия национальной, этнической, расовой или религиозной характеристики». ⁶⁶ Даже не смотря на то, что судебная палата в этом же параграфе оговорила, что правильное определение охраняемых групп, включает в себя два критерия субъективный и объективный, она приняла, по существу, субъективный подход и полностью отклонила какие-либо объективные факторы. ⁶⁷ Остальные дела, по вопросу критерия, были аналогичными, так как одна судебная палата ссылалась на другую. ⁶⁸ Из этого всего очень не сложно понять, что вопрос суд даже не хотел заниматься рассмотрением объективного подхода, приняв за истину субъективный подход.

В заключении можно подчеркнуть, что юридическое понятие охраняемых групп сформировалось в объективном и субъективном восприятии этих групп. ⁶⁹ Но это касается лишь юридического понятия групп. Как видно из практики, судебные решения трибуналов по Руанде и Югославии подтверждают триумф субъективного подхода к вопросу идентификации групп. ⁷⁰ Факт того, что

⁶¹ Ibid. para. 511.

⁶² Schabas W.A. Developments relating to minorities in the law on genocide// Synergies in minority protection. Edited by Kristin Henrard and Robert Dunbar. Cambridge University Press. 2008.y. p.194.

⁶³ Schabas W.A. Genocide in International Law. Cambridge University Press. 2000.y. p.132.

⁶⁴ The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana (Trial Judgement). ICTR-95-1-T. International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR). 21 May 1999. para.98.

⁶⁵ The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana (Trial Judgement). ICTR-95-1-T. International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR). 21 May 1999. para.522-524.

⁶⁶ Prosecutor v. Blagojevic and Jokic (Trial Judgment). IT-02-60-T. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). 17 January 2005. para.667.

⁶⁷ Ibid. para. 667.

⁶⁸ Prosecutor v. Radoslav Brdjanin (Trial Judgement). IT-99-36-T. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). 1 September 2004. – para 684; см. так же: Semanza Trial Judgment. para. 317; Kajelijeli Trial Judgment. para. 811.

⁶⁹ Fanny Martin. The notion of «Protected group» in the genocide convention and its application. //The United Nations Genocide Convention. A Commentary. Edited by Paola Gaeta. Oxford University press. 2009y. p.126.

⁷⁰ Schabas W.A., Developments relating to minorities in the

субъективный подход может быть, достаточным для основания существования охраняемой группы «преобразовывает преступление геноцида в неспецифическое преступление уничтожения группы базирующейся на мотивах дискриминации».⁷¹ Остаётся только добавить, что данное преступление формально не будет являться геноцидом, а скорее всего, будет преступлением против человечности. Для установления преступления геноцида, необходимо, чтобы все критерии этого преступления соответствовали фактической стороне преступления. Но, несовершенство конвенции о геноциде вычёркивают детали критериев, оставляя их бесформенными.

Что же касается самих подходов, то субъективный подход является очень существенным, потому что именно намерения преступника являются решающим элементом в преступлении геноцида.⁷² Но, с таким же, успехом его можно записать и в недостатки, которые позволят преступникам совершить геноцид против групп, не

имеющих объективного критерия. Формально будет видно, что был совершён геноцид, но юридически его нельзя будет доказать позволив уйти виновникам от ответственности за геноцид, ссылаясь на один из принципов уголовного права – *nullum crimen sine lege*.

С объективным подходом на много легче. Необходимо только доказать наличие объективных признаков и что виновные ими руководствовались при совершении геноцида. Единственным, но очень существенным недостатком этого подхода будет то, что сами преступники сделали ошибку при установлении критерия.

Проанализировав ситуации в Международных трибуналах по Югославии и Руанде можно сказать, что идентификация группы должна базироваться как на объективном, так и субъективном критерии. Причём субъективный критерий должен действовать в дополнении к объективному критерию, чтобы исключить возможность ошибочной идентификации жертвы.

Библиография

1. Судебная медицина. Под редакцией В.М. Смольянинова. Москва. «Медицина». 1982.г.
2. Широкогоров С.М. Этнос. Шанхай, 1923.г.
3. Autoru grupa profesora A. Kavaliera vadībā. Kriminālistika pirmā daļa. LPA izdevums. Rīga. 1999.g.
4. Bassiouni, M., C., International criminal law. 2nd. edition. Martinus Nijhoff Publishers. USA. 2008.y.
5. Cassese, A., International criminal law. second edition. Oxford University press. USA. 2008.y
6. Fanny M. The notion of «Protected group» in the genocide convention and its application. //The United Nations Genocide Convention. A Commentary. Edited by Paola Gaeta. Oxford University press. 2009.y.
7. Gaeta P., The United Nations Genocide Convention. A Commentary. Edit by Gaeta P., Oxford University press. 2009.y
8. Jennings R. and Watts A. Oppenheim's International Law. 9th edition. Volume II. Longman. 1996.y
9. Kalniņa I., Pāvila D. Genocīds kā starptautisks noziegums. Jurista vārds. Nr. 33(291). 16.09.2003.

law on genocide// Synergies in minority protection. Edited by Kristin Henrard and Robert Dunbar. Cambridge University Press. 2008.y. p196.

⁷¹ Fanny M. The notion of «Protected group» in the genocide convention and its application. //The United Nations Genocide Convention. A Commentary. Edited by Paola Gaeta. Oxford University press. 2009.y.p. 124.

⁷² Schabas W.A., Developments in the law of genocide// Yearbook of International Humanitarian Law. Volume 5 (2002). The Hague.TMC Asser Press. 2005.y. p.140.

10. Lemkin R. Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress. Washington: Carnegie Endowment for International Peace. 1944.y.
11. Schabas W.A. Genocide in International Law. Cambridge University Press. 2000.y.
12. Schabas W.A. Developments in the law of genocide// Yearbook of International Humanitarian Law. Volume 5 (2002). The Hague.TMC Asser Press. 2005.y.
13. Schabas W.A. Developments relating to minorities in the law on genocide// Synergies in minority protection. Edited by Kristin Henrard and Robert Dunbar. Cambridge University Press. 2008.y.
14. Verdirame G. The Genocide Definition in the Jurisprudence of Ad Hoc Tribunals. International and Comparative Law Quarterly. Volume 49, part 3. 2000y
15. Zahar A. & Sluiter G. International criminal law. Oxford 2008y.

References (transliteration)

1. V.M. Smol'yaninova Sudebnaya meditsina. Moskva. «Meditsina». 1982.g.
2. Shirokogorov S.M. Etnos. Shankhay, 1923.g.
3. A. Kavaliera vadībā. Kriminālistika pirmā daļa. LPA izdevums. Rīga. 1999.g.
4. Bassiouni, M., C., International criminal law. 2nd. edition. Martinus Nijhoff Publishers. USA. 2008.y.
5. Cassese, A., International criminal law. second edition. Oxford University press. USA. 2008.y
6. Fanny M. The notion of «Protected group» in the genocide convention and its application. //The United Nations Genocide Convention. A Commentary. Edited by Paola Gaeta. Oxford University press. 2009.y.
7. Gaeta P., The United Nations Genocide Convention. A Commentary. Edit by Gaeta P., Oxford University press. 2009.y
8. Jennings R. and Watts A. Oppenheim's International Law. 9th edition. Volume II. Longman. 1996.y
9. Lemkin R. Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress. Washington: Carnegie Endowment for International Peace. 1944.y.
10. Schabas W.A. Genocide in International Law. Cambridge University Press. 2000.y.
11. Schabas W.A. Developments in the law of genocide// Yearbook of International Humanitarian Law. Volume 5 (2002). The Hague.TMC Asser Press. 2005.y.
12. Schabas W.A. Developments relating to minorities in the law on genocide// Synergies in minority protection. Edited by Kristin Henrard and Robert Dunbar. Cambridge University Press. 2008.y.
13. Verdirame G. The Genocide Definition in the Jurisprudence of Ad Hoc Tribunals. International and Comparative Law Quarterly. Volume 49, part 3. 2000y
14. Zahar A. & Sluiter G. International criminal law. Oxford 2008y.