

МОДЕЛЬ МЕЖДУНАРОДНОГО УГОЛОВНОГО СУДА

ЗАЩИТА ОБВИНЯЕМОГО

Номер команды: 0135

Год: 2017

Всего слов:11154



Оригинал: **Русский**

№ ICC-01/16-01/16

Дата: 28.02.2017

АПЕЛЛЯЦИОННАЯ ПАЛАТА

СИТУАЦИЯ В ВАЛАРИИ

**Меморандум защиты обвиняемого по апелляции на решение Палаты
предварительного производства по утверждению обвинения**

Оглавление

Перечень сокращений	4
Перечень источников	5
Изложение фактов	9
Вопросы.....	12
Обобщение аргументов	13
Письменные аргументы.....	15
I. Военный режим, так называемое «переходное правительство», не является законным правительством Валарии и не полномочен признавать юрисдикцию Международного уголовного суда в настоящем деле в соответствии со ст. 12(3) Римского статута.....	15
1. Переход власти произошел незаконно.....	15
1.1. <i>Немеждународный вооруженный конфликт между Дотрокийскими всадниками и национальной армией.</i>	15
1.2. <i>Государственный переворот являлся нарушением конституционных норм</i>	17
1.3. <i>Законное правительство находится в изгнании.</i>	20
2. Переходное правительство не является эффективным.....	21
2.1. <i>Правительство осуществляет контроль над территорией</i>	22
2.2. <i>Правительство не осуществляет контроль над населением</i>	22
2.3. <i>Правительство не признается всеми государствами и не может беспрепятственно вступать в международные отношения.</i>	22
2.4. <i>Является нестабильным правительством</i>	24
3. Переходное правительство не имеет целью осудить виновных.....	25
4. Переходное правительство в результате передачи дела на рассмотрение МУС может породить новый вооруженный конфликт.	26
II. Факты, содержащиеся в докладе International Rights Watch, не образуют геноцида, как следствие, Международный уголовный суд не обладает юрисдикцией обвинять их в совершении этого преступления.	27
1. Отсутствие гендерной группы	27
1.1 <i>Ст. 6 РС МУС не подлежит эволюционному толкованию</i>	28
1.2 <i>При определении группы необходимо придерживаться субъективно-объективного критерия</i>	29
1.3 <i>Отсутствие стабильности у вердашей и невозможность их идентифицировать как особый пол</i>	30
2. Вердаши не являются этнической группой	32
2.1 <i>Объективный критерий определения этнической группы</i>	33
2.2 <i>Субъективный критерий определения</i>	33
3. Умысел	35

III. Тэрион Баннистер не должен подлежит уголовной ответственности ввиду его предшествующего статуса недобровольного малолетнего солдата.	36
1. Является недобровольным малолетним солдатом.....	36
2. Тэрион Баннистер не является субъектом преступления геноцида по причине того, что является невменяемым.	38
2.1. <i>Тэрион Баннистер имеет нарушение психики</i>	38
2.2. <i>Из-за нарушения психики у Тэриона Баннистера существенно ухудшилась способность обвиняемого контролировать свои действия.</i>	39
3. Не может быть привлечен к уголовной ответственности по той причине, что в момент совершения действий находился в состоянии интоксикации.....	40
4. Не осознавал, что совершаемые им действия являются преступлениями геноцида.....	41

Перечень сокращений

ООН - Организация Объединённых Наций

СБ, (UNSC) - Совет Безопасности (United Nation Security Counsel)

ГА – Генеральная Ассамблея

МУС - Международный Уголовный Суд

ICTY - The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia

ICTR , (МУТР) - The International Criminal Tribunal for Rwanda (Международный Уголовный Трибунал по Руанде)

ЕСПЧ - Европейский Суд по Правам Человека

МККК, ICRC - Международный Комитет Красного креста

РС - Римский Статут

ARSIWA - Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts

Конвенция о геноциде - Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании

за него 1948г.

ДВ - Дотрокийские всадники

art, ст. – статья

edn. – edition

para. – paragraph

v. – versus

vol. – volume

г. - год

стр. - страница

п. – пункт

Перечень источников

Международные договоры:

Устав ООН

Конвенция о законах и обычаях сухопутной войны 1907 г.

Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него 1948г.

Дополнительный Протокол I к Женевским Конвенциям 1949 г.,

Женевская конвенция (IV) о защите гражданского населения во время войны 1949 г.

Венская Конвенция о праве международных договоров 1969 г.

Международная конвенция о пресечении преступления апартеида и наказании за него 1973г.

Дополнительный протокол к Женевским конвенциям, касающийся защиты жертв немеждународных вооруженных конфликтов (Протокол II) 1977г

Конвенция о правах ребенка 1989 г.

Факультативный протокол к Конвенции о правах ребенка, касающийся участия детей в вооруженных конфликтах 2000 г.

Резолюции и документы органов ООН:

Комитет по ликвидации расовой дискриминации ООН, Общая рекомендация XXIX по пункту 1 статьи 1 Конвенции (родовое происхождение) (2002, HRI/GEN/1/Rev.9)

Преступление геноцида (11 December 1946) UN Doc. A/RES/1/96

ГА, Последствия вооруженных конфликтов для детей: Записка Генерального секретаря [1996], UN Doc A/51/306

UNSC Res 138 [1960] UN Doc S/RES/138 (1960)

UNSC Res 661 [1990] UN Doc S/RES/661 (1990)

UNSC Res 662 [1990] UN Doc S/RES/662 (1990)

UNSC Res 678 [1990] UN Doc S/RES/678 (1990)

UNSC Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General (2005) UN Doc. S/2005/60

Cape Town Principles 1997

Paris Principles 2007

Постановления Международного Суда ООН:

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) (Judgment) [2007] ICJ Reports 43 (ICJ)

United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran) Judgment [1980] ICJ Reports 3 (ICJ)

Постановления (решения) Международного Уголовного Суда:

The Prosecutor v. Germain Katanga (Trial Chamber II, Judgment pursuant to article 74 of the Statute) [2014], ICC-01/04- 01/07-3436-t (ICC)

The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (Trial Chamber III, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”) [2016] ICC-01/05-01/08-3343 (ICC)

Prosecutor v. Lubanga Dyilo (Pre-Trial Chamber I Decision on the confirmation of charges) [2007] ICC-01/04-01/06-803 (ICC)

Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, (Trial Chamber Judgement), [2012] ICC-01/04-01/06 (ICC)

Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir) [2009] ICC-02/05-01/09 (ICC)

Постановления (решения) Международного Трибунала по бывшей Югославии:

Prosecutor v. Boskoski (Trial Chamber Judgment) [2008] IT-04-82 (ICTY)

Prosecutor v Delalic and Others (Celebici case) (Trial Chamber Judgement), [1998] IT-96–21-T (ICTY)

Prosecutor v. Haradinaj (Trial Chamber Judgment) [2008], IT-04-84-T3 (ICTY)

The Prosecutor v. Jelisić, (Trial Chamber I Judgement),[1999] IT-95-10-T (ICTY)

Prosecutor v. Krstic, (Trial Chamber Judgement) [2001] IT-98-33-T (ICTY)

Prosecutor v. Milorad Krnojelac, (Trial Chamber Judgement II), [2002] IT-97-25-T (ICTY)

Prosecutor v. Limaj (Trial Chamber Judgment) [2005], IT-03-66-T (ICTY)

Prosecutor v. Dusko Tadić, (Appeals Chamber Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction), [1995] IT-94-1-AR72 (ICTY)

Постановления (решения) Международного Трибунала по Руанде:

Prosecutor v. Akayesu (Trial Chamber Judgement) [1998], ICTR-96-4 (ICTR)

Prosecutor v. Bagilishema,(Trial Chamber Judgement), [2001], ICTR 95-1A-T

Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, (Trial Chamber Judgement) [1999], ICTR-95-1-T (МУТР)

Prosecutor v. Musema, (Trial Chamber Judgement), [2000] ICTR-96-13-T (ICTR)

Prosecutor v Niyitegeka (Appeals Chamber Judgment) [2004], ICTR-94-14-A (ICTR)

Prosecutor v. Rutaganda (Trial Chamber I Judgment) [1999], ICTR-97-21-T (ICTR)

Решения Европейского Суда по Правам Человека:

Cossey v. UK, App no 10843/84 (ECHR, 27.09.1990)

Решения национальных судов:

Генеральный прокурор Израиля v. Эйхмана, {1961} Израиль, Окружной суд Иерусалима

State vs Ebrachim [1991] 2 S.A.L.R.

United States of America v. Manuel Antonio Noriega (1997) 99 ILR 143

Документы Международного Уголовного Суда:

Римский Статут Международного Уголовного Суда 1998

Элементы преступлений (9 сентября 2002) ICC-ASP/1/3 (II-B)

Монографии и статьи:

Bantekas I, Nash S. International criminal law (2nd ed., 2003)

Björn Ahl, 'Taiwan' (Oxford Public International Law, 2017)

Blix, H.M, Contemporary aspects of Recognition (1971г.)

Blumenson E. “The Challenge of a Global Standard of Justice: Peace, Pluralism, and Punishment at the International Criminal Court” [2006] Columbia Journal of Transnational Law Vol. 44

Crawford J, Brownlie's Principles of Public International Law (8th ed., OUP Oxford, 2012, part 2)

Hiroshi Taki, 'Effectiveness' (Oxford Public International Law, 2017), para 20

James Crawford, The Creation Of States In International Law (1st edn, Oxford University Press 2011

Luttwak, Edward “Coup d’état: a practical handbook” (Harvard University Press, 1979)

Maike Kuhn «Military Government» (Oxford Public International Law, 2015)

Megan Nobert “Children at War: The Criminal Responsibility of Child Soldiers” [2011] 3 Pace Int’l L. Rev. Online Companion 1

R. Pinto ‘Report of the Commission of experts for the study of the question of aid to the victims of internal conflicts’ [1963] International Review of the Red Cross

Stefan Talmon, Who Is a Legitimate Government in Exile? Towards Normative Criteria for Governmental Legitimacy in International Law, in The Reality Of International Law: Essays in Honour of Ian Brownlie 499 (Guy S. Goodwin-Gill & Stefan Talmon eds., 1999)

William A Schabas, Genocide In International Law (1st edn, Cambridge University Press 2009)

Верле Г. Принципы международного уголовного права (2nd edn., 2011)

Витцум, раздел 3, параграф 81 (2-е издание, 2015г.)

Мустафаева М.М. «Вербовка и использование детей-солдат как серьезное нарушение международного гуманитарного права» [2013] Вестник РУДН № 2

Сильван Вите “Типология вооруженных конфликтов в международном гуманитарном праве: правовые концепции и реальные ситуации” [2009] Международный журнал Красного Креста 873

Иные источники:

Aaland Islands case, [1920] League of Nations Official Journal Spec Supp (International Committee of Jurists)

Aguilar-Amory and Royal Bank of Canada claims (Great Britain v. Costa Rica) 18 October 1923

Antonio Cassese, Paola Gaeta, John R.W.D. Jones «Jurisdiction Ratione Materiae» vol. I, s.3 Jurisdiction Edited

Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, 2nd end. (2008)

International Law Commission, 'Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries' in Yearbook of the International Law Commission, 2001 vol II Part Two (United Nations, 2008)

Open Society Foundations (OSF), «License to Be Yourself: Laws and Advocacy for Legal Gender Recognition of Trans People» (2014)

Sandoz, Swinarski, and Zimmermann, Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977

South Africa instrument of withdrawal from the Rome Statute of October 19, 2016 www.justsecurity.org/wp-content/uploads/2016/10/South-Africa-Instrument-of-Withdrawal - International accessed 28 February 2017

Изложение фактов

История вопроса

В Валарии, в стране с населением в 1 миллион жителей, существовала весомая по численности, идентифицируемая группа населения «третьего пола» (численностью 7 000 человек), известная как вердаши, которая происходит из обеих этнических групп, лорашцев и стилборнцев. Хотя биология предопределяет анатомическую принадлежность человека к мужскому или женскому полу, женщиной, концепция «третьего пола» признаёт, что существуют индивиды, которые, несмотря на их анатомию, самоидентифицируются или идентифицируются обществом как не принадлежащие ни к мужскому, ни к женскому полу. Вердаши в социальном смысле (хотя и не юридически) признаются как уникальный гендер в Валарии на протяжении сотен лет. Традиционно, когда ребёнок определяется как принадлежащий к третьему полу (обычно в период полового созревания), он часто отсылается жить в местную коммуну вердашей.

После обнаружения больших запасов железной руды в южной части Валарии, национальное правительство Валарии приступило к насильственному изъятию земель у фермеров-стилборнцев с целью организовать добычу минеральных ископаемых.

Приблизительно в 1997 г., харизматичный стилборнский лидер Джон Слит (John Sleet) (1963 г.р.) основал «Дотрокийских всадников», военизированную группировку, состоящую из нескольких тысяч стилборнских фермеров и пастухов, обещая вернуть конфискованные земли стилборнских фермеров. С целью увеличить свои ряды, «Дотрокийские всадники» начали похищать сотни детей из деревень в южной части страны с тем, чтобы использовать их как малолетних солдат. Тэрион Баннистер был похищен из маленькой деревушки в южной Валарии «Дотрокийскими всадниками» в 2006 г., когда ему было 8 лет, и был принуждён служить как малолетний солдат. В возрасте от 8 до 15 лет он подвергался насильственной «промывке мозгов», в том числе с

применением насилия и недобровольным употреблением наркотических средств. Другие малолетние солдаты, которые не подчинялись приказаниям или пытались сбежать, подвергались пыткам и убивались на его глазах Джоном Слитом и его подчинёнными.

В ноябре 2015 г. политическая партия, представляющая стилборнцев, вышла на общенациональные выборы с лозунгом, обвиняющим вердашей в экономических трудностях страны. С незначительным перевесом эта партия завоевала большинство мест в парламенте и выиграла президентские выборы.

«Дотрокийские всадники» воспользовались возможностью присоединиться к лидерам нового правительства и начала нападать на вердашей по всей Валарии. Организация International Rights Watch пришла к выводу, что в промежуток времени между 4 декабря 2015 г. и 25 января 2016 г. почти пять тысяч вердашей были убиты по всей стране в рамках серии нападений, спланированных и скоординированных Джоном Слитом. Также было установлено, что 18-летний (бывший малолетний солдат) Тэрион Баннистер возглавлял одну из самых жестоких группировок «Дотрокийских всадников».

В конце декабря 2015 г. национальная армия, в состав которой входят преимущественно лорашцы начала предпринять неразрешённые правительством меры против «Дотрокийских всадников» с целью остановить убийства вердашей. Когда президент Реджой приказал армии прекратить её действия против «Дотрокийских всадников», командование армии потребовало от президента Реджоя и его кабинета уйти в отставку. Не имея вооружённой силы для своей защиты, президент и члены его кабинета бежали из страны в соседний Квирт, в котором проживает весомая доля стилборнцев. Национальная армия распустила парламент и объявила себя переходным правительством Валарии вплоть до проведения новых общенациональных выборов.

К 25 января 2016 г. «Дотрокийские всадники» были окончательно разгромлены национальной армией. В ходе столкновений большинство лидеров (включая Джона Слита) было убито. Небольшая группа уцелевших «Дотрокийских всадников», включая Тэриона Баннистера, бежала через границу и попыталась найти убежище в Квирте.

Военный режим, захвативший власть в Валарии, вплоть до настоящего момента не выказывает признаков подготовки к общенациональным выборам. Хотя Валария продолжает поддерживать дипломатические и экономические отношения с более чем 40 государствами, 30 её прежних торговых партнёров, включая Квирт, осудили переворот и прекратили торговлю с Валарией до восстановления её прежнего демократически избранного правительства. В некоторых органах ООН полномочия представителей

временного правительства Валарии были оспорены, но поскольку альтернативных делегаций от прежнего правительства не было, Секретариат ООН решил условно допустить представителей Валарии и не решать вопрос в отношении их полномочий в данный момент времени.

5 июля 2016 г., вскоре после того как Квирт уведомил Валарию и Международный уголовный суд о том, что он не имеет намерения арестовывать кого-либо из представителей «Дотрокийских всадников» или бывших должных лиц Валарии, нашедших убежище на его территории, военное правительство Валарии послало специальные силы в Квирт, которые захватили Тэриона Баннистера.

Процессуальная сторона

29 января 2016 г. главнокомандующий национальной армии Валарии, целенаправленно действуя как глава временного правительства страны, направил декларацию о признании юрисдикции Международного уголовного суда в части международных преступлений, совершённых в Валарии против представителей вердашей между 4 декабря 2015 г. и 25 января 2016 г. Секретарь Международного уголовного суда ответил главе временного правительства Валарии письмом от 1 февраля 2016 г., в котором подтвердил ее получение и направил ее в Канцелярию прокурора и судьям Суда

15 марта 2016 г. в соответствии со ст. 57 Римского статута Палата предварительного производства Международного уголовного суда разрешила проведение расследования относительно преступлений, совершённых в Валарии против представителей вердашей. 2 июля 2016 г. в соответствии со ст. 58 Римского статута Международный уголовный суд выдал ордер на арест по обвинению в совершении геноцида и преступлений против человечности в отношении Тэриона Баннистера. Поскольку в Валарии отсутствует национальное уголовное законодательство, позволяющее осуществлять преследование за преступление геноцида, 9 июля 2016 г. временное правительство Валарии передало Тэриона Баннистера Международному уголовному суду, который назначил ему защитника в соответствии со ст. 55 Римского статута. 3 июля 2016 г. Палата предварительного производства Международного уголовного суда назначила единого представителя интересов потерпевших, т.е. вердашей, в соответствии со ст. 68 Римского статута.

Вопросы

1. Может ли военный режим, который пришёл к власти в результате переворота и рассматривает себя как переходное правительство, быть компетентен признавать юрисдикцию Международного уголовного суда, действуя от имени Валарии?
2. Могут ли вменяемые действия, предпринятые обвиняемым против лиц третьего пола в Валарии, рассматриваться как геноцид?
3. Может ли лицо, достигшее возраста 18 лет, рассматриваться как не подлежащее уголовной ответственности ввиду того, что ранее оно против своей воли являлось малолетним солдатом?

Обобщение аргументов

1. Военный режим захватил власть путём неконституционного переворота, в результате которого единственное законное правительство было вынуждено бежать и стало правительством в изгнании. Также, так называемое «переходное правительство», не является эффективным правительством Валарии в следствие несоответствия критериям, выработанным международной доктриной и практикой государств. Передача дела МУС не носит цели наказания за совершение международного преступления, которая является одной из целей МУС согласно Преамбуле Римского Статута МУС, как следствие такая передача может повлечь начало вооруженного конфликта в Валарии, который может повлечь более тяжкие последствия, чем имеются в стране на данный момент. Ввиду вышеизложенного военный режим не является законным правительством Валарии и не полномочен признавать юрисдикцию Международного уголовного суда в настоящем деле в соответствии со ст. 12(3) Римского статута.

2. Преступление геноцида, предусмотренное ст.6 Римского Статута МУС, требует объект преступления - группу, которая определялась бы объективно-субъективным критерием. Не любая группа защищается Римским Статутом МУС, перечень групп, перечисленных в ст.6 Римского статута МУС, не подлежит к расширительному толкованию. В случае резни в Валарии оспаривается существование гендерной группы. Вердашей нельзя считать гендерной группой, потому что они не относятся ни к мужскому полу, ни к женскому. Альтернативно, вердаши не могут быть признаны этнической группой поскольку не удовлетворяют объективно-субъективному критерию существования групп. Специальный объект преступления геноцида отсутствует,

следовательно, действия обвиняемого не могут быть признаны геноцидом. Наряду со специальным объектом преступления геноцида, обязательным элементом является специальный умысел - умысел уничтожить, полностью или частично, эту национальную, этническую, расовую или религиозную группу как таковую, в данном случае геноцида нет, поскольку нет такого умысла, умысел, исходя из фабулы дела, направлен на убийство гражданского населения, а не только вердашей.

3. Тэрион Баннистер с 8 до 18 лет имел статус недобровольного малолетнего солдата. Все время, в течение которого Тэрион Баннистер находился у Дотрокийских всадников, к нему применялись такие меры воспитания, которые могут повлечь неизгладимые нарушения в психике, также после продолжительного принудительного приема наркотических средств у него сложилась потребность в их постоянном применении, что свидетельствует о недобровольной интоксикации, альтернативно, можно говорить, что исходя из общей направленности действий Дотрокийских всадников, в действиях Тэриона Баннистера нет *dolus specialis*, который необходим для образования состава преступления геноцида. Таким образом, хотя Тэрион Баннистер достиг 18 лет к моменту совершения вменяемых действий, он не подлежит уголовной ответственности ввиду его предшествующего статуса недобровольного малолетнего солдата, и, как следствие, обвинения против него должны быть отклонены.

Письменные аргументы

I. Военный режим, так называемое «переходное правительство», не является законным правительством Валарии и не полномочен признавать юрисдикцию Международного уголовного суда в настоящем деле в соответствии со ст. 12(3) Римского статута.

Военный режим пришел к власти путем государственного переворота (1) не удовлетворяет критериям эффективного правительства (2), в связи с чем передача дела в МУС не преследует цели наказания за совершенные преступления (3) и может повлечь более тяжкие последствия для Валарии (4).

1. Переход власти произошел незаконно.

В Валарии произошел немеждународный вооруженный конфликт между Национальной Армией Валарии и Дотрокийскими Всадниками (1.1), после которого Правительство было незаконно свергнуто (1.2), что впоследствии привело к образованию правительства в изгнании (1.3).

1.1. Немеждународный вооруженный конфликт между Дотрокийскими всадниками и национальной армией.

Немеждународные вооруженные конфликты представляют собой в частности, столкновения между организованными группами,¹ которые находятся под ответственным командованием, осуществляют контроль над территорией и которые способны

¹Prosecutor v. Dusko Tadić, (Appeals Chamber Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction), [1995] IT-94-1-AR72 (ICTY), para.70; Prosecutor v. Milorad Krnojelac, (Trial Chamber Judgement II), [2002] IT-97-25-T (ICTY), para. 51

осуществлять непрерывные и согласованные военные действия². Такой конфликт следует отличать от спорадических актов насилия;³ вооруженные конфликты должны удовлетворять минимальным критериям:⁴ интенсивности (а) и организованности сторон (b).⁵

а. Критерий интенсивности насилия.

Интенсивность вооруженного конфликта рассматривается в каждом конкретном случае отдельно и может включать в себя различные факторы. Например, коллективный характер борьбы, привлекаемые силы, продолжительность, контроль сторон над территорией и иные⁶. Однако это факторы для оценки, которые дают возможность установить, был ли достигнут порог напряженности в каждом конкретном случае; они не являются условиями, которые должны существовать одновременно⁷.

Между национальной армией Валарии (далее – Национальная Армия) и Дотрокийскими всадниками (далее - ДВ) существовал вооруженный конфликт, поскольку присутствовала серия вооруженных столкновений: с конца декабря 2015 до 25 января 2016 года Национальная Армия предприняла серию мер, в ходе которой практически все ДВ были убиты.⁸ Также следует отметить значительный численный состав сторон конфликта – более 50 тысяч, что также свидетельствует о напряженности конфликта.

Таким образом критерий интенсивности насилия соблюден.

б. организованность сторон, участвующих в конфликте.

Стороны вооруженного конфликта должны удовлетворять критерию организованности сторон.

Сторонами является Национальная Армия, то есть постоянная государственная армия, действующая не от имени государства, и ДВ как военизированная группировка.

² Дополнительный протокол к Женевским конвенциям, касающийся защиты жертв немеждународных вооруженных конфликтов (Протокол II) 1977г., ст. 1

³ Prosecutor v. Dusko Tadić, (Appeals Chamber Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction), [1995] IT-94-1-AR72 (ICTY), para.70

⁴ Prosecutor v. Rutaganda (Trial Chamber I Judgment) [1999], ICTR-97-21-T (ICTR), para 93; UNSC Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General (2005) UN Doc. S/2005/60, paras. 74–76.

⁵ Prosecutor v. Dusko Tadić, (Appeals Chamber Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction), [1995] IT-94-1-AR72 (ICTY), para.562; Prosecutor v. Boskoski (Trial Chamber Judgment) [2008] IT-04-82 (ICTY), para 175; Prosecutor v. Rutaganda (Trial Chamber I Judgment) [1999], ICTR-97-21-T (ICTR), para. 93

⁶ R. Pinto ‘Report of the Commission of experts for the study of the question of aid to the victims of internal conflicts’ [1963] International Review of the Red Cross, стр. 82-83

⁷ Сильван Вите “Типология вооруженных конфликтов в международном гуманитарном праве: правовые концепции и реальные ситуации” [2009]]Международный журнал Красного Креста 873, стр. 102

⁸ Situation in Valaria page 6 para. 9

Презюмируется,⁹ что правительственные силы соответствуют требованию организованности сторон.

ДВ как военизированная группировка, должна удовлетворять признакам наличия иерархии, ответственного командования, способности осуществлять подготовку новых комбатантов¹⁰ и способности совершать длительные спланированные операции¹¹. В докладе IRW прямо указан характер группировки как военизированной,¹² а способность совершения спланированных операций в течении длительного времени подтверждается фактами массовых убийств на протяжении времени.¹³

Таким образом, стороны конфликта соответствуют критерию организованности сторон.

Исходя из вышеизложенного, между Национальной Армией и ДВ существует немеждународный вооруженный конфликт.

1.2. Государственный переворот являлся нарушением конституционных норм

Государственный переворот — смена власти в государстве, осуществляемая обязательно с нарушением действующих на данный момент конституционных и правовых норм, обычно с применением силы для захвата центров управления государством и осуществлением физической изоляции (иногда ареста или убийства) действующих его руководителей¹⁴.

Валария являлась государством с демократической формой управления, о чем свидетельствовало наличие демократических выборов,¹⁵ парламента и института президента.¹⁶ В настоящий момент, был произведен насильственный государственный переворот с военным режимом, который не соответствует конституционным нормам Валарии и принципам демократического управления. Государственный переворот несовместим с демократией, во всех демократичных странах захват власти или присвоение властных полномочий считается неконституционным и преследуется. Такой

⁹ Prosecutor v. Haradinaj (Trial Chamber Judgment) [2008], IT-04-84-T3 (ICTY), para.60

¹⁰ Prosecutor v. Boskoski (Trial Chamber Judgment) [2008], IT-04-82 (ICTY), para 175; Prosecutor v. Limaj (Trial Chamber Judgment) [2005], IT-03-66-T (ICTY), paras. 94-134; The Prosecutor v. Germain Katanga (Trial Chamber II, Judgment pursuant to article 74 of the Statute) [2014], ICC-01/04- 01/07-3436-t (ICC), para. 1186; The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (Trial Chamber III, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”) [2016] ICC-01/05-01/08-3343 (ICC), para. 134

¹¹ Prosecutor v. Lubanga Dyilo (Pre-Trial Chamber I Decision on the confirmation of charges) [2007] ICC-01/04-01/06-803 (ICC), paras 229–237

¹² Situation in Valaria page 4 para 4

¹³ Situation in Valaria page 3, 6 paras 1, 9

¹⁴ Luttwak, Edward “Coup d’état: a practical handbook” (Harvard University Press, 1979), p. 171.

¹⁵ Situation in Valaria page 4 para. 2

¹⁶ Ibid. page 5 para.6

запрет связан с тем, что наличие выборных должностей является гарантией участия граждан в управлении страной посредством выборов, а также реализацией своих политических прав. Военный же режим, который пришел путем переворота всем этим условиям не соответствует.

Государственный переворот был совершен неподконтрольной Правительству Национальной Армией. Учитывая линию поведения, свидетельствующую о неподчинении Национальной Армии указам законного и легитимного Правительства, угроза физической расправы над безоружным Правительством хоть и не была выражена непосредственно, не может быть проигнорирована. Таким образом, Национальная Армия незаконно захватила власть в Валарии.

Предполагая аргумент представителя Прокурора о законности государственного переворота ввиду наличия вооруженного конфликта между Правительством в лице ДВ и Национальной Армией, представитель Защиты поясняет данный момент следующим образом.

Невозможно говорить о присвоении действий ДВ действиям государства и, как следствие, Правительству. Правительство не осуществляло контроля, руководства ДВ и не издавало им указаний.¹⁷ Приказы Правительства были адресованы Национальной Армии, но не ДВ.

Указания, данные Национальной Армии не являются прямым санкционированием¹⁸ действий ДВ. Прецедент, созданный в деле о дипломатическом и консульском персонале также не может быть применен, поскольку в приведенной ситуации действия Ирана являлись прямым одобрением¹⁹ действий частных лиц. В настоящей ситуации, указ Правительства, исходя из его формы и адресата, прямым одобрением не являлся.

Ст. 11 ARSIWA²⁰ говорит, что поведение, которое не присваивается государству на основании предшествующих статей, тем не менее рассматривается как деяние данного государства по международному праву, если и в той мере, в какой это государство признает и принимает данное поведение в качестве собственного. Фраза «признает и

¹⁷ International Law Commission, 'Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries' in Yearbook of the International Law Commission, 2001 vol II Part Two (United Nations, 2008), art. 8, para.7, page 100

¹⁸ Ibid, art. 11, para.4, page 112

¹⁹ United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran) Judgment [1980] ICJ Reports 3 (ICJ) 3, p.35, para 74

²⁰ International Law Commission, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, (2001 A/56/10, chp.IV.E.1) art. 11

принимает поведение в качестве собственного» призвана произвести различие между случаями признания и принятия и случаями простой поддержки или одобрения. Поведение не может быть присвоено государству согласно ст.11 ARSIWA, если государство просто признает фактическое существование поведения или выражает словесное одобрение такового. Выражение «признает и принимает» в ст. 11 ARSIWA ясно указывает на то, что требуется нечто большее, чем общее признание фактической ситуации²¹. Утверждение, что действия Правительства являются поддержкой действий ДВ также не являются основанием для их признания в качестве собственных.²²

Предполагая аргумент представителя Прокурора о наличии национально-освободительной войны, представитель Защиты разъясняет настоящий момент следующим образом.

Национально-освободительная война имеет место при борьбе с колониальным господством, иностранной оккупацией или расистским режимом.²³ Анализ фактов не свидетельствует о наличии какого-либо воздействия третьего государства в существующем конфликте, однако спорным моментом является борьба с расистским режимом.

Расистский режим предполагает наличие как минимум раскола в одном народе или этносе, основанном на расистских убеждениях.²⁴ Согласно Преамбуле общей рекомендации XXIX по пункту 1 статьи 1 Конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации²⁵: расистский режим присутствует, если имеется дискриминация по признаку расы, цвета кожи, родового, национального или этнического происхождения либо дискриминация по признаку "родового происхождения", обязательным признаком которой является наличие наследуемого статуса.

В ситуации государственного переворота в Валарии расистского режима не существовал по нескольким причинам: во-первых, режим распространяется на этническую или иную группу. Вердаши не удовлетворяют критериям подобных групп, в

²¹ International Law Commission, 'Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries' in Yearbook of the International Law Commission, 2001 vol II Part Two (United Nations, 2008), art. 11, para.6, page 113

²² Ibid. para.7, page 114

²³ Дополнительный протокол к Женевским конвенциям, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I) 1949 г., ст. 1(4)

²⁴ Sandoz, Swinarski, and Zimmermann, Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977, 54.

²⁵ Комитет по ликвидации расовой дискриминации ООН, Общая рекомендация XXIX по пункту 1 статьи 1 Конвенции (родовое происхождение) (2002, HRI/GEN/1/Rev.9), Преамбула

частности этнической, что будет раскрыто в дальнейшем²⁶. Во-вторых, дискриминация по родовому происхождению вердашей невозможна ввиду отсутствия наследуемого статуса, поскольку они пополняются не за счет рождаемости внутри группы, а извне.²⁷

Таким образом, произошел государственный переворот, нарушивший конституционные нормы Валарии.

1.3. Законное правительство находится в изгнании.

Правительством в изгнании признается это действующее правительство существующего государства, которое было вынуждено его покинуть. Предполагается, что правительство в изгнании должно удовлетворять критериям связи с государством, независимости, представительной функции государства в международных отношениях и незаконности правительства исходного государства.²⁸

Во-первых, Правительство Валарии скрывалось в соседнем государстве, вблизи с киртско-валарийской границей, свидетельствует о попытках руководства и поддержки связи с народом своего государства. Следует учесть, что данное правительство было избрано демократическим путем и долгое время поддерживалось населением: отсутствовали факты оспаривания народом политическим или правовым методом политики Правительства. Вероятно, при отсутствии военного режима, Правительство могло бы беспрепятственно вернуться на территорию Валарии, однако наличие угрозы расправы Национальной Армии над безоружным Правительством невероятно велика, как и угроза для населения, желающего поддержать законное Правительство. В связи с вышеуказанным, исполнение данного критерия невозможно по объективным причинам, связанным с военным, недемократическим, режимом Валарии.

Во-вторых, ввиду отсутствия фактов, Правительство Валарии в Квирте является независимым; поддержка Квирта²⁹ является частью возможности убежища от преследования Национальной Армией.

В-третьих, представление государства на международной арене является также невозможным, ввиду существенной угрозы. Тот факт, что правительство в изгнании не может обратиться в ООН также обоснован опасностью преследования Правительства, в

²⁶ Меморандум защиты II параграф 3

²⁷ Situation in Valaria page 4 para 4

²⁸ Stefan Talmon, Who Is a Legitimate Government in Exile? Towards Normative Criteria for Governmental Legitimacy in International Law, in *The Reality Of International Law: Essays in Honour of Ian Brownlie* 499 (Guy S. Goodwin-Gill & Stefan Talmon eds., 1999) 499-537

²⁹ Situation in Valaria page 7 para 6

частности учитывая наличие «специальных отрядов»,³⁰ производящих незаконные акты перемещения через границу граждан, пользующихся правом убежища. Не исключен вариант, когда при обращении в ООН, Правительство Валарии в Квирте будет признано по аналогии с правительством Чан Кайши, эвакуированным на Тайвань.³¹ После поражения в 1946—1950 годах партии Гоминьдан в гражданской войне она перебазировалась на Тайвань и учредила в качестве временной столицы город Тайбэй. Под контролем Китайской Республики остаются острова Тайвань, Пэнху, Цзиньмэнь, Мацзу и другие небольшие прилегающие острова. Несмотря на фактическую юрисдикцию только над этой территорией, до 1970-х годов Китайская Республика признавалась большинством государств и международных организаций как законная власть всего Китая; так, до 1971 года её представитель занимал кресло Китая в ООН. Иным примером является правительство Кувейта, когда оно было вынуждено бежать в изгнание после вторжения Ирака в 1990 году (Ирако–Кувейтской войны [1990-91]). В дальнейшем - было признано «правительством в изгнании» и пользовалось поддержкой ООН.³²

В-четвертых, Переходное правительство является незаконным ввиду государственного переворота, что было рассмотрено выше.³³

Таким образом, Правительство Валарии в Квирте удовлетворяет критериям правительства в изгнании ввиду нарушения Национальной Армией основ государственности и поддержке населения Валарии.

2. Переходное правительство не является эффективным

Правительство представляет государство и имеет право действовать от его имени исключительно при удовлетворении критериев эффективного правительства.

В соответствии с обычной нормой международного права,³⁴ правительство считается эффективным в том случае, когда оно осуществляет контроль над территорией (2.1) и населением (2.2).³⁵ Показателями эффективного правительства является его

³⁰ Situation in Valaria page 7 para 6

³¹ Björn Ahl, 'Taiwan' (Oxford Public International Law, 2017), para 21

³² UNSC Res 661 [1990] [6 August 1990] SCOR 45th Year 19; UNSC Res 662 [1990] [9 August 1990] SCOR 45th Year 20; UNSC Res 678 [1990] [29 November 1990] SCOR 45th Year 27

³³ Situation in Valaria page 6 para 8

³⁴ Hiroshi Taki, 'Effectiveness' (Oxford Public International Law, 2017), para 20

³⁵ James Crawford, *The Creation Of States In International Law* (1st edn, Oxford University Press 2011), p. 56

возможность вступать в отношения с другими государствами³⁶ и международное признание (2.3), а также стабильность (2.3)³⁷.

2.1. Правительство осуществляет контроль над территорией

В связи с уничтожением группировки ДВ, контролировавшей некоторые шахтные производства,³⁸ и бегством бывшего правительства в Квирт, Переходное правительство обладает эффективным территориальным контролем и контролирует всю территорию Валарии. Этот элемент эффективности правительства соблюден. Однако исключительно на его основе его невозможно сделать вывод об эффективности Переходного правительства.

2.2. Правительство не осуществляет контроль над населением

Как правило во время военного режима многие права человека ограничиваются. Ограничения прав человека при военном режиме должны быть вызваны необходимостью сохранить конституционный порядок, который находится под угрозой³⁹. Уважение основных прав человека остается одним из важнейших вопросов в условиях военной оккупации в соответствии с законодательством военного режима. Из-за политических причин, характера управления эти правовые нормы не всегда соблюдаются⁴⁰.

Поскольку контроль Переходного режима обусловлен военным режимом, поэтому следует признать, что военный режим не позволяет выявить реальную волю населения Валарии по той причине, что возможно существует применение силы и ограничение свободы слова.

2.3. Правительство не признается всеми государствами и не может беспрепятственно вступать в международные отношения.

Хотя Переходное правительство осуществляет контроль над территорией, тем не менее, значительная часть государств не признала его. ООН ограничило участие Валарии только на основании отсутствия альтернативных делегаций, в связи с чем подвергло

³⁶ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) (Judgment) [2007] ICJ Reports 43 (ICJ) para 621-2

³⁷ Aaland Islands case, [1920] League of Nations Official Journal Spec Supp (International Committee of Jurists) para.8-9

³⁸ Situation in Valaria page 4 para 5

³⁹ Maike Kuhn «Military Government» (Oxford Public International Law, 2015), para.5

⁴⁰ Maike Kuhn «Military Government» (Oxford Public International Law, 2015), para. 36

сомнению законность и соблюдение норм международного права⁴¹ Переходным правительством.

Во время своего правления военный режим нарушал нормы международного права. В качестве примера следует привести незаконное пересечение границы и незаконный арест Тэриона Баннистера в соответствии с принципом *male captus bene detentus*.

При похищении спецслужбами Израиля с территории Аргентины Адольфа Эйхмана, в ответ на протест в отношении юрисдикции суд Израиля постановил: “Обвиняемый не может выступать против обвинительного процесса в его отношении на основании незаконности его ареста или средств, посредством которых он был доставлен под юрисдикцию государства⁴².” Однако, суверенитет Аргентины был нарушен действиями Израильских спецслужб на ее территории и без получения согласия. Оценкой этих событий стала Резолюция СБ ООН №138⁴³, признавшая нарушение суверенитета Аргентины и обязанность Израиля выплатить компенсацию.

Суд ЮАР установил: “каждый должен быть защищен от незаконного и насильственного задержания: границы юрисдикции не должны превышать, суверенитет необходимо уважать, судебный процесс должен быть справедливым к тем, кто пострадал, и злоупотребления законом следует избегать, чтобы защищать и поощрять целостность отправления правосудия” и признал, арест полицией гр-на Ибрагима похищением, делая акцент на сохранении и поощрении прав человека⁴⁴. Гражданин ЮАР Ибрагим - член Африканского Национального Конгресса в Свазиленде, был схвачен полицейскими, на территории Свазиленда в декабре 1986 года, доставлен в ЮАР и обвинен в государственной измене.

Суд признал, что задержание было совершено не только с нарушением суверенитета Свазиленда, но и с нарушением права на свободу и личную неприкосновенность.

При желании привлечь Баннистера к суду, Переходному правительству Валарии следовало обратиться с запросом в Квирт. Однако, после побега остатков ДВ и Правительства Валарии, 5 июля 2016 г. Переходное правительство Валарии направило специальные силы в Квирт, которые, несмотря на убежище, захватили Тэриона Баннистера, открыто проживавшего в городе около кварталско-валарийской границы,

⁴¹ Устав ООН ст.2(2)

⁴² Генеральный прокурор Израиля v. Эйхмана, {1961} Израиль, Окружной суд Иерусалима, para.41

⁴³ UNSC Res 138 (1960) UN Doc S/RES/138 (1960)

⁴⁴ State vs Ebrahim [1991] 2 S.A.L.R. 553

Так, пересечение квартско-валарийской границы являлось незаконным и может расцениваться как угроза применения силы против иностранного государства, а также нарушение принципа территориальной неприкосновенности, что в совокупности дает нарушение п.4 ст.2 Устава ООН, в котором Валария является участником⁴⁵. А непризнание правительства может означать, что оно не расценивается в качестве правительства с точки зрения независимости и эффективности⁴⁶.

2.4. Является нестабильным правительством

Стабильность и постоянство правительства, безусловно, усиливается наличием народной поддержки. Режим, который доказал, что обладает такой поддержкой в результате демократических выборов, может утверждать, что он имеет доказательства своей стабильности,⁴⁷ что подтверждается международной практикой.

По предложению министра иностранных дел Эквадора Тобара государства Центральной Америки в Вашингтонском договоре 1907г. приняли на себя обязательство не признавать правительства, пришедшие к власти в результате переворота или революции, пока оно не будет утверждено в должности в результате демократических процедур⁴⁸.

Арбитр Тафт в деле Тиноко⁴⁹ оценил факт проведения Тиноко выборов после свержения президента Гонсалеза как элемент законности правительства Тиноко.

Также о том, что глава государства должен быть признанным народом говорится в деле США против Норьега,⁵⁰ в котором отсутствие демократически избранного правительства стало результатом лишения иммунитета должностного лица.

Военный режим является оккупационным режимом. Оккупационный режим требует фактической власти на занятой территории, т.е. оккупация распространяется только на территорию, на которой подобное управление было установлено и может осуществляться⁵¹. Ключевым положением в отношении военного правительства в рамках Гаагских положений статья 43⁵², которая говорит, что с фактическим переходом власти из рук законного Правительства к занявшему территорию неприятелю последний обязан принять все зависящие от него меры к тому, чтобы, насколько возможно, восстановить и

⁴⁵ Пересечение границы «специальными силами» является нарушением территориальной неприкосновенности

⁴⁶ Crawford J, Brownlie's Principles of Public International Law (8th ed., OUP Oxford, 2012, part 2) p.151 para.6

⁴⁷ Blix, Н.М, Contemporary aspects of Recognition (1971г.) стр.642

⁴⁸ Витцум, раздел 3, параграф 81 (2-е издание, 2015г.)

⁴⁹ Aguilar-Amory and Royal Bank of Canada claims (Great Britain v. Costa Rica) 18 October 1923

⁵⁰ United States of America v. Manuel Antonio Noriega (1997) 99 ILR 143, 167-171

⁵¹ Maike Kuhn «Military Government» (Oxford Public International Law, 2015), paras.12-13

⁵² Конвенция о законах и обычаях сухопутной войны 1907 г.

обеспечить общественный порядок и общественную жизнь, уважая существующие в стране законы, буде к тому не встретится неодолимого препятствия.

Так как в Валарии всегда осуществлялись выборы, чтобы власть была легитимна, то Переходное правительство должно назначить выборы. Исходя из представленной информации военный режим даже спустя полгода после переворота не планировал подготовку к выборам⁵³, что свидетельствует о явном нежелании их легитимировать свою власть. Это нежелание можно объяснить, что военный режим одобряется в Валарии не всем населением, в связи с чем сохраняется угроза потерять власть, полученную путем переворота. Также об отсутствии поддержки может говорить тот факт, что, доля проживающих стилборнцев выше, чем лорашцев и результаты последних выборов, затянувшийся экономический кризис в стране, можно сказать, что военный режим не получил поддержки у народа.

Этот критерий является нарушенным, потому что посредством выборов волеизъявление граждан преобразуется в государственную власть. Отсутствие поддержки народа может говорить о нестабильности режима, его скором свержении.

Все вышеприведенные критерии должны существовать все вместе. Существование лишь некоторых недостаточно для того, чтобы признать правительство законным. Отсюда следует, что правительство, пришедшее в результате переворота к власти, не отвечает критерию эффективности правительства.

3. Переходное правительство не имеет целью осудить виновных.

Согласно вышесказанному⁵⁴ переходному правительству нужно завоевать доверие и заручиться поддержкой перед выборами, которые они не провели спустя полгода после переворота. Их передача дела в отношении Тэриона Баннистера в МУС является не больше чем популистской деятельностью среди потенциальных избирателей. Эта деятельность не совместима с высокими целями, которые преследует МУС⁵⁵.

⁵³ Situation in Valaria page 6 para 10

⁵⁴ Меморандум защиты раздел I параграф 2.

⁵⁵ Римский Статут Международного Уголовного Суда 1998, Преамбула

4. Переходное правительство в результате передачи дела на рассмотрение МУС может породить новый вооруженный конфликт.

Как было сказано выше, целями Суда является преследование за самые серьезные преступления, а также предупреждение новых таких преступлений⁵⁶, а также поддержание всеобщего мира, безопасности и благополучия.

Эти высокие цели противоречат друг другу в настоящей ситуации, поскольку существует угроза образования нового вооруженного конфликта если Тэрион Баннистер будет осужден. И новый конфликт может быть не только немеждународный – между сторонниками бывшего правительства и переходного правительства, но и международный: Квирт может направить свои вооруженные силы против переходного правительства, которые незаконно пересекли границы государства и выкрали лицо, пользующееся правом убежища⁵⁷.

Может ли так МУС рисковать? Современная практика знает примеры, когда общество пытается забыть о трагических для страны событиях, справедливо полагая, что поиск и наказание виновных ни к чему хорошему не приведут. Весьма красноречивый пример – это мирный переход ЮАР от режима апартеида к демократии в 1990-е гг. Хотя апартеид к тому времени уже был признан международным преступлением⁵⁸, а африканское большинство жаждало если не мести, то наказания, мирную передачу власти удалось провести благодаря мудрости Нельсона Манделы. Он наотрез отказался от уголовного судебного преследования функционеров прежнего режима (и уж тем более от вовлечения в этот процесс международных уголовных трибуналов). Вместо этого была создана Комиссия правды и примирения (Truth and Reconciliation Commission). Любой из функционеров прежнего режима мог сознаться перед Комиссией в своих преступлениях и в обмен на признание и раскаяние получить амнистию. Деятельность Комиссии оказалась чрезвычайно успешной, хотя семьи родственников убитых активистов борьбы с апартеидом пытались (правда, безрезультатно) обжаловать в Конституционный суд ЮАР правомерность ее создания⁵⁹. Именно невозможность согласовать обязательства перед обществом по мирному разрешению внутреннего конфликта с обязательствами по Римскому статуту в трактовке МУС указана в официальном уведомлении о выходе ЮАР

⁵⁶ Меморандум защиты раздел I, параграф 3.

⁵⁷ Situation in Valaria page 7 para 6

⁵⁸ Международная конвенция о пресечении преступления апартеида и наказании за него 1973

⁵⁹ Blumenson E. “The Challenge of a Global Standard of Justice: Peace, Pluralism, and Punishment at the International Criminal Court” [2006] Columbia Journal of Transnational Law Vol. 44, page 801–874.

из Римского статута⁶⁰. Для ЮАР достигнутый с таким трудом гражданский мир оказался важнее, чем наказание виновных.

Таким образом, из всего вышесказанного, с учетом всех критериев для определения законности нового правительства, а также анализа ситуации, при которой приход нового правительства был возможен, следует, что военный режим, который захватил власть путём переворота и затем попытался признать юрисдикцию Международного уголовного суда как так называемое «переходное правительство», не является законным правительством Валарии и как следствие не полномочен признавать юрисдикцию Международного уголовного суда в настоящем деле в соответствии со ст. 12(3) Римского статута.

II. Факты, содержащиеся в докладе International Rights Watch, не образуют геноцида, как следствие, Международный уголовный суд не обладает юрисдикцией обвинять их в совершении этого преступления.

Вердашей нельзя считать гендерной группой, поскольку гендер предполагает только женский или мужской пол (1). Альтернативно, вердаши не являются этнической группой, поскольку не соответствуют требованиям, предъявленным к такой группе (2). Также отсутствует *dolus specialis*, необходимый для квалификации деяний Тэриона Баннистера как геноцид (3).

1. Отсутствие гендерной группы

Ст. 6 РС МУС перечисляет все защищаемы группы, настоящий список является закрытым и не подлежит расширению ввиду цели защиты РС и Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (далее – Конвенция о геноциде) (1.1). Применения субъективно-объективно критерия при определении наличия группы является международным обычаем (1.2). Вердаши не являются стабильной группой, а также действия Тэриона Баннистера невозможно идентифицировать как убийство людей третьего пола поскольку убивали как мужчин, так и женщин (1.3).

⁶⁰ South Africa instrument of withdrawal from the Rome Statute of October 19, 2016 www.justsecurity.org/wp-content/uploads/2016/10/South-Africa-Instrument-of-Withdrawal-International accessed 28 February 2017

1.1 Ст. 6 РС МУС не подлежит эволюционному толкованию

В ст.6 Статута МУС защищаются только национальная, этническая, расовая и религиозная группы⁶¹. Статут МУС — это центральный источник международного уголовного права. Он является международным договором, к которому принимаются общие правила толкования⁶². Положения Статута дополняются Элементами преступлений⁶³.

Согласно ст.9 (1) Римского Статута Элементы преступлений помогают Суду в толковании и применении статей 6, 7 и 8⁶⁴. С точки зрения вклада в развитие международного права завершение составления Элементов преступлений является эпохальным достижением. Это сборник с указанием условий, контекстов и субъективной стороны, или умысла, необходимых для установления факта совершения геноцида, военных преступлений и преступлений против человечности. Элементы преступлений содержат подробные определения преступлений, перечисленных в Статуте. Элементы преступлений не являются юридически обязательными. Необычное сочетание юридически обязательных определений преступлений, содержащихся в Статуте МУС, и необязательных Элементов преступлений является результатом различия во мнениях в ходе Римской конференции по поводу степени дефиниционной точности, требуемой в соответствии с принципом *nullum crimen sine lege*⁶⁵. В тех случаях, когда Элементы преступлений вступают в противоречие со Статутом, Статут имеет преимущественную юридическую силу. Поэтому следует, что они не имеют обязательной силы и для определения объекта геноцида нужно руководствоваться положениями Римского Статута.

Расширение определения стабильных групп не соответствует тексту ст.6 Статута МУС и потому нарушает цели РС МУС и Конвенции о геноциде⁶⁶. История становления Конвенции о геноциде также оспаривает такое расширительное толкование, поскольку пределы преступления были намерено ограничены конкретными устойчивыми группами, упомянутыми выше⁶⁷. Однако уничтожение человеческих групп, не защищенных Конвенцией о геноциде, образует составы других тяжелейших международных преступлений: преступления против человечности в виде преследования и преступления против человечности в виде истребления.

⁶¹ Римский Статут Международного Уголовного Суда 1998, статья 6

⁶² Венская конвенция о праве международных договоров, принята 23 мая 1969 года

⁶³ Верле Г. Принципы международного уголовного права (2nd edn., 2011), para para.152

⁶⁴ Римский Статут Международного Уголовного Суда 1998, статья 9

⁶⁵ Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, 2nd end. (2008)

⁶⁶ Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него 1948г.

⁶⁷ Верле Г. Принципы международного уголовного права (2nd edn., 2011), para.723

Таким образом, эволюционное толкование здесь неприменимо, нельзя включить в список защищаемых групп гендерную группу. При толковании ст.6 РС МУС следует придерживаться телеологического толкования, учитывая с какой целью авторы внесли в список защищаемых групп именно такие - целью защитить только устойчивые и уязвимые группы.

1.2 При определении группы необходимо придерживаться субъективно-объективного критерия

В деле Крстича⁶⁸ палата постановила, что общей характеристикой всех охраняемых групп является то, что членство в группе, как правило, определяется рождением и, по своей природе, является постоянным и стабильным.

Так, элементом, связующем национальную группу, является национальность⁶⁹. Расовыми группами являются социальные группы, члены которых отличаются однородными передающимися по наследству видимыми физическими характеристиками – цвет кожи или физическое сложение⁷⁰

Принимая решение по делу Кайишемы и Рузинданы⁷¹, Вторая судебная палата МУТР не рассуждала в рамках исключительно объективного подхода, отраженного в решении по делу Акаесу⁷², заявив, что процессы формирования социальной принадлежности являются релевантными для целей определения концепции защищаемой группы наряду с объективными характеристиками⁷³.

МУТР придерживается мнения, что самих по себе процессов формирования социальной принадлежности недостаточно для классификации группы в качестве защищаемой. С учетом этого, авторы Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказания за него намеревались ограничить определение защищаемых групп стабильными группами. Поэтому от объективных критериев полностью избавиться нельзя⁷⁴. В связи с этим МУТР рассматривает отдельные дела с учетом соответствующих фактических обстоятельств и принимает в расчет как объективные, так и субъективные

⁶⁸ Prosecutor v. Krstic, (Trial Chamber Judgement) [2001] IT-98-33-T (ICTY) para. 554

⁶⁹ Prosecutor v. Akayesu (Trial Chamber Judgement) [1998], ICTR-96-4 (ICTR), para. 512

⁷⁰ Ibid абзац 514; Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, (Trial Chamber Judgement), ICTR-95-1-T [1999] (МУТР) para. 98

⁷¹ Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, (Trial Chamber Judgement), ICTR-95-1-T [1999] (ICTR) para.97

⁷² Prosecutor v. Akayesu (Trial Chamber Judgement) [1998], ICTR-96-4-T (ICTR), para. 512

⁷³ Верле Г. Принципы международного уголовного права (2nd edn., 2011), para.712

⁷⁴ Ibid. para713

критерии, интерпретируя концепции. Группы в свете соответствующего политического, социального, исторического и культурного контекста⁷⁵.

Субъективным критерием выделения группы является наличие самоидентификации в качестве члена такой группы.⁷⁶ Группа определяется также наличием нематериальной связи между ее членами, уничтожение которой и представляет геноцид.⁷⁷

Объективным критерием является возможность выделения группы из массы населения, в частности возможность лица, совершающего геноцид, совершать направленные действия против такой группы.⁷⁸ Способы определения группы могут быть различными от выделенных критериев для вышеуказанных 4 групп,⁷⁹ как и мотивы геноцида,⁸⁰ однако основным является умысел преступника на уничтожение конкретной группы.

По мнению Международной комиссии по установлению фактов в Дарфуре⁸¹, данный субъективно-объективный подход стал частью международного обычного права. Таким образом, при определении относится ли группа к перечню защищаемых групп, нужно в совокупности оценить все обстоятельства с точки зрения, как объективного, так и субъективного подхода.

1.3 Отсутствие стабильности у вердашей и невозможность их идентифицировать как особый пол

Общей характеристикой всех указанных в РС и Конвенции о геноциде групп является их стабильность и постоянность, определяемая естественным происхождением – рождением⁸². Рассматривая данный критерий как основной для определения группы и соотнося его с фактами нашей ситуации, следует, что вердаши не являются такой группой, потому что членство в их группе не определялось рождением⁸³.

⁷⁵ Prosecutor v. Rutaganda, (Trial Chamber Judgement), [1999], ICTR-97-21-T (ICTR) para. 56; Prosecutor v. Musema, (Trial Chamber Judgement), [2000] ICTR-96-13-T (ICTR) para.161

⁷⁶ Prosecutor v. Rutaganda, (Trial Chamber Judgement), [1999], ICTR-97-21-T (МУТР) para.55.

⁷⁷ Prosecutor v. Krstic (Appeals Chamber Judgment) (Partial dissenting opinion of Judge Shahabuddeen), [2004] IT-98-33-A (ICTY) para. 50

⁷⁸ The Prosecutor v. Jelisić, (Trial Chamber I Judgement),[1999] IT-95-10-T (ICTY) para. 70.

⁷⁹ Prosecutor v. Bagilishema,(Trial Chamber Judgement), [2001], ICTR 95-1A-T (ICTR) para.65

⁸⁰ Prosecutor v Niyitegeka (Appeals Chamber Judgment) [2004], ICTR-94-14-A (ICTR) para 53

⁸¹ UNSC Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General (2005) UN Doc. S/2005/60, para. 501.

⁸² Prosecutor v. Krstic (Trial Chamber Judgement), [2001], IT-98-33-T (ICTY), абзац 554

⁸³ Situation in Valaria, page 4, para 4

Предвосхищая аргумент стороны обвинения о том, что религиозная группа часто пополняется из вне, нужно заметить, что религиозные группы упоминались уже в резолюции ГА 96(I) 1946г. в качестве групп, которые могут стать жертвами геноцида⁸⁴ и также фигурировали во всех проектах формулировки преступления⁸⁵. Авторы Конвенции о геноциде предполагали, что даже если членство в религиозных группах добровольное, исторически они развивались также, как и национальные или этнические группы, демонстрируя последовательные характеристики и обладая стабильным характером⁸⁶

Чтобы сказать, что убийства были направлены в отношении определенной гендерной группы, нужно ее определить. Исходя из фактических обстоятельств, убивали вердашей. Вердаши в социальном смысле (хотя и не юридически) признаются как уникальный гендер в Валарии на протяжении сотен лет. Хотя биология предопределяет анатомическую принадлежность человека к мужскому или женскому полу, женщиной, концепция «третьего пола» признаёт, что существуют индивиды, которые, несмотря на их анатомию, самоидентифицируются или идентифицируются обществом как не принадлежащие ни к мужскому, ни к женскому полу⁸⁷.

Третий пол не является стабильной гендерной группой. Судебная практика исходит из того, что пол может быть либо мужским, либо женским, т.е. такая гендерная группа «третий пол» отсутствует. Согласно решению ЕСПЧ от 27 сентября 1990г. по делу *Cossey* против Соединённого Королевства⁸⁸ пол мы должны определять по чисто биологическим критериям. «Приверженность традиционной концепции брака представляла для Суда «достаточное основание для продолжения использования биологического критерия при определении пола лица, желающего вступить в брак».

Также присвоенным полом является пол, присвоенный физическому лицу медицинскими, юридическими или другими органами социальной защиты. Присвоенный пол часто определяется либо как мужской, либо женский пол исключительно на основе половых органов ребенка при рождении, и он может не совпадать с гендерной идентичностью⁸⁹. Исходя из этого можно сказать, что стабильным можно признать только присвоенный пол от рождения, поскольку другие виды половой принадлежности можно изменять в течение своей жизни неоднократно.

⁸⁴ Преступление геноцида (11 December 1946) UN Doc. A/RES/1/96

⁸⁵ William A Schabas, *Genocide In International Law* (1st edn, Cambridge University Press 2009), стр.553

⁸⁶ *Ibid*, стр.127

⁸⁷ *Situation in Valaria*, page 4, paras. 3-4

⁸⁸ *Cossey v. UK*, App no 10843/84 (ECHR, 27.09.1990), para.40

⁸⁹ Open Society Foundations (OSF), *License to Be Yourself: Laws and Advocacy for Legal Gender Recognition of Trans People* (2014), стр.48

Также стоит отметить, что сам РС МУС⁹⁰ говорит, что для целей настоящего Статута понимается, что термин "гендерный" в контексте общества относится к обоим полам, мужскому и женскому. Термин "гендерный" не имеет какого-либо иного значения, отличного от вышеупомянутого.

Таким образом, пол определяется по биологическим критериям, стабильным является только пол, полученный при рождении, следовательно, вердаши не являются стабильной группой на основании гендера.

Из фактических обстоятельств следует, что убивали людей как людей женского, так и мужского пола. Для того, чтобы действия обвиняемого квалифицировать как геноцид, нужно его осознание факта, что он убивает конкретную группу. При определении вердашей в качестве гендерной группы, нельзя сказать, что Тэрион Баннистер отождествлял их как людей, относящихся ни к мужскому ни к женскому полу.

Таким образом, не следует принимать во внимание, что вердаши отождествляют себя как людей третьего пола, нужно их пол нужно определять по биологическим критериям. Из-за того, что вердаши самоидентифицируются как люди третьего пола, это не привело к приобретению всех биологических характеристик другого пола. Таким образом новая гендерная группа не появляется, следовательно, убийства происходили обоих полов. Тэрион Баннистер убивал как мужчин, так и женщин, поэтому защита настаивает на квалификации его действий по ст.7(1)(а) РС МУС как преступление против человечности в виде убийства гражданских лиц обоих полов.

2. Вердаши не являются этнической группой

Оценивая вердашей с точки зрения субъективно-объективного подхода, защита приходит к выводу, что, во-первых, группа не является стабильной (2.1), следовательно, объективный критерий отсутствует, во-вторых, оценивая с точки зрения субъективного критерия, можно сказать, что выделенные характеристики у вердашей появились не из-за того, что они являются этнической группой, а из-за их особенностей формирования и поведения (2.2).

⁹⁰ Римский статут Международного уголовного суда (принят 17 июля 1998 года, вступил в силу 1 июля 2002) 2187 UNTS 70, ст. 7(3)

2.1 Объективный критерий определения этнической группы

В решении по делу Акаесу⁹¹ Трибунал по Руанде выделил признаки этнической группы, среди которых присутствовал такой признак как членство в таких этнических группах определяется рождением. В этом деле Суд заявил: «При чтении подготовительных материалов Конвенции о геноциде, представляется, что преступление геноцида специально направлено на защиту только “стабильных” групп, строящиеся на постоянной основе и членство в которых определяется рождением». Таким образом, общим критерием является членство, которое характеризуется тем, что оно не может быть изменено самими членами, которые принадлежат к группе автоматически, с рождения, а также непоправимым образом».

Такой же позиции МУТР придерживался в делах Рутаганда и Мусема от 6 декабря 1999 года и 27 января 2000 года⁹².

Согласно фактическим обстоятельствам дела «ребёнок определяется как принадлежащий к третьему полу (обычно в период полового созревания), он часто отсылается жить в местную коммуну вердашей⁹³. Таким образом, вердаши пополнялись как группа из вне, а не посредством рождения. Таким образом, объективный критерий отсутствует.

2.2 Субъективный критерий определения

Г. Верле⁹⁴ считает, что отличительными признаками этнической группы являются особые культурные традиции и общая история. Члены группы говорят на одном языке, имеют общие обычаи и общий образ жизни. Таким группы нередко проживают в особых географических регионах. Этот вывод также подтверждается в судебной практике. Например, в решении по делу Кайишемы и Рузинданы: «Этнической группой является группа, члены которой обладают общим языком и культурой; либо группа, которая отличает себя (самоидентификация); либо группа, идентифицируемая таким образом другими, включая субъектов преступления»⁹⁵.

Проблема определения наличия этнической группы также обсуждалась в Докладе Международной комиссии по расследованию событий в Дарфуре Генерального секретаря

⁹¹ Prosecutor v. Akayesu (Trial Chamber Judgement) [1998], ICTR-96-4 (ICTR), para. 515

⁹² Prosecutor v. Rutaganda, (Trial Chamber Judgement), [1999], ICTR-97-21-T (ICTR) para.55; Prosecutor v. Musema, (Trial Chamber Judgement), [2000] ICTR-96-13-T (ICTR) para.161.

⁹³ Situation in Valaria, page 4, para 4

⁹⁴ Верле Г. Принципы международного уголовного права (2nd edn., 2011), para.717

⁹⁵ Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, (Trial Chamber Judgement) [1999], ICTR-95-1-T (ICTR) para 98.

ООН⁹⁶. Комиссия установила, что фуры, загава и масалиты не составляют этнические группы, отличные от тех, к которым их нападавшие принадлежали. У них была та же религия, язык, схожие обычаи. При определении этого же вопроса в Палате предварительного производства МУС по выдаче ордера на арест в отношении аль Башира⁹⁷ судья Анита Ушацка утверждала, что эти три группы следует принять вместе, учитывая Дарфурский контекст, этническое разделение считается подпадающим по признакам к «арабской» и «африканской» группе, последняя охватывает все три группы.

Согласно фабуле дела⁹⁸ вердаши часто живут вне городов и деревень во временных лагерях, схожих с таборами цыган в Европе. С течением времени, вердаши развили особый, отличающийся сильным акцентом диалект валарийского языка, равно как много других уникальных обычаев и особую одежду. Из такого описания возможно сделать вывод, что вердаши не являются этнической группой по нескольким причинам:

- наличие диалекта валарийского языка связан с тем, что вердаши пополняются из двух разных народностей (лорашей и стилборновцев, которые в свою очередь проживают на разных территориях Валарии), т.е. диалект вызван объективными причинами (слияние двух народов), а не наличием этнической группы вердашей;
- наличие уникальных обычаев и особой одежды связано с тем, что вердаши пытаются выделиться среди всего населения Валарии как определенная социальная группа (например, хиппи);
- проживание в определенных географических регионах отсутствует, т.к. вердаши являются кочевым народом.

Согласно всему вышеизложенному, вердаши не являются этнической группой. Они принадлежат к особой социальной группе, которая не является устойчивой, а также не принадлежит к защищаемым группам. Группы, которые не защищаются согласно ст. 6 Статута МУС не являются надлежащим объектом преступления геноцида. Это связано с тем обстоятельством, что иные группы, нежели те, которые прямо упомянуты в определении преступления, не находятся под охраной международного договорного или обычного права. Ограничение пределов преступления геноцида группами, упомянутыми

⁹⁶UNSC Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General (2005) UN Doc. S/2005/60, para.74-76

⁹⁷ Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir) [2009] ICC-02/05-01/09 (ICC), paras.24-26

⁹⁸Situation in Valaria, page 4, para 4

выше, объясняется, прежде всего, что члены этих групп нуждаются в наибольшей защите⁹⁹. Следовательно, состава геноцида нет.

3. Умысел

У Дотрокийских всадников отсутствовал *dolus specialis* в виде умысла уничтожить, полностью или частично, эту национальную, этническую, расовую или религиозную группу как таковую.

В деле Крстича¹⁰⁰ судьи определили, что защищенной группой в данном случае являлись «боснийские мусульмане», а «боснийские мусульмане Сребреницы» являются ее частью. Указав на то, что намерение геноцида может простирается на ограниченную географическую область, Суд высказал следующие важные соображения:

«Намерение уничтожить группу, даже частично, означает стремление уничтожить отличную часть группы в противоположность сумме изолированных людей в ее пределах. Таким образом, кампания убийств конечного числа членов защищенной группы, распространенная в разных местах широкой географической области, могла бы не рассматриваться как геноцид, несмотря на большое количество жертв, потому что она не указывает на намерение преступников, направленное против самого физического существования группы как таковой. Напротив, убийство всех членов группы, расположенной в пределах маленькой географической области, хотя и приведшее к меньшему количеству жертв, рассматривается как геноцид, если также оно выполнено с намерением уничтожить часть группы, расположенную в этой маленькой географической области».

Фабула дела говорит, что вердаши являются кочевым народом (вердаши часто живут вне городов и деревень во временных лагерях¹⁰¹), что не позволяет определить их место жительства в конкретной области. Дотрокийские всадники могли не знать, что убивают вердашей, во-первых, потому что последние не имеют постоянного места жительства, во-вторых, имели умысел на нападение на гражданское население и совершали преступление против человечности в виде убийства гражданского населения¹⁰². Таким образом, умысел на совершение преступления геноцида отсутствует.

⁹⁹ Верле Г. Принципы международного уголовного права (2nd edn., 2011), para.721

¹⁰⁰Prosecutor v. Krstic, (Judgement) [2001] IT-98-33-T (ICTY) para. 560.

¹⁰¹Situation in Valaria, page 4, paras. 3-4

¹⁰² Римский статут Международного уголовного суда (принят 17 июля 1998 года, вступил в силу 1 июля 2002) 2187 UNTS 70 ст. 7; Элементы преступлений (9 сентября 2002) ICC-ASP/1/3 (II-B) стр.127

III. Тэрион Баннистер не должен подлежит уголовной ответственности ввиду его предшествующего статуса недобровольного малолетнего солдата.

Тэрион Баннистер имел статус недобровольного малолетнего солдата (1). Вследствие этого его можно признать невменяемым (2) или находящимся в состоянии интоксикации (3), альтернативно у него не было специально умысла на уничтожение именно группы вердашей (4).

1. Является недобровольным малолетним солдатом

Дети пользуются особой правовой защитой¹⁰³. Согласно ст. 4(3)(с) II Протокола к Женевским Конвенциям¹⁰⁴ «дети, не достигшие пятнадцатилетнего возраста, не подлежат вербовке в вооруженные силы или группы и им не разрешается принимать участие в

¹⁰³ Женевская конвенция (IV) о защите гражданского населения во время войны 1949 г.; Факультативный протокол к Конвенции о правах ребенка, касающийся участия детей в вооруженных конфликтах 2000 г.; Конвенция о правах ребенка 1989 г.

¹⁰⁴ Дополнительный протокол к Женевским конвенциям, касающийся защиты жертв немеждународных вооруженных конфликтов (Протокол II) 1977 г., ст.4.

военных действиях». «Вербовка» означает действие, состоящее в принуждении ребенка к вступлению в вооруженные силы, например, в результате похищения ребенка¹⁰⁵.

В ст. 4 Второго Протокола к Женевским Конвенциям¹⁰⁶ закрепляется положение о том, что вооруженные группы, отличные от вооруженных сил государства, ни при каких обстоятельствах не должны вербовать (как на принудительной, так и на добровольной основе) или использовать в военных действиях лиц, не достигших 18-летнего возраста. Ребенок-солдат - любое лицо, не достигшее восемнадцатилетнего возраста, входящее в личный состав любого рода регулярных или иррегулярных вооруженных сил или вооруженных групп в любом качестве, в том числе повара, носильщики, посыльные и лица, сопровождающие такие группы, не считая членов семьи¹⁰⁷. В свою очередь, государствам надлежит принимать законодательные меры по запрещению подобной практики и криминализовать ее. Дети-солдаты являются прежде всего жертвами военного преступления, потому что их завербовали и использовали для участия в военных действиях¹⁰⁸. Вслед за Кейптаунскими принципами 1997г., Парижские принципы 2007 года указывают, что ребенок-солдат – ребенок, связанный с вооруженными силами или вооруженными группами, не достигший 18 лет, набранный или нанятый и используемый в вооруженных силах или вооруженных группах в любом качестве¹⁰⁹. Парижские принципы более широко толкуют понятие «ребенок- солдат» - это не только лица, входящие в личный состав вооруженных групп, но и лицо каким-либо образом связанное с вооруженными группами.

По фактическим обстоятельствам Тэрион Баннистер был похищен из маленькой деревушки в южной Валарии ДВ, являющимися организованной военизированной группировкой в 2006 г., когда ему было 8 лет, и был принуждён служить как малолетний солдат¹¹⁰. ДВ являлись активной военизированной группировкой, принимавшей участие в вооруженном конфликте¹¹¹. По критериям, указанным выше Тэрион Баннистер был недобровольным малолетним солдатом: он был связан с вооруженной группой, был похищен до 18 лет, был использован в вооруженных группах.

¹⁰⁵ Верле Г. Принципы международного уголовного права (2nd edn., 2011), para.510

¹⁰⁶ Дополнительный протокол к Женевским конвенциям, касающийся защиты жертв немеждународных вооруженных конфликтов (Протокол II) 1977 г

¹⁰⁷ Cape Town Principles 1997, definition

¹⁰⁸ Мустафаева М.М. «Вербовка и использование детей-солдат как серьезное нарушение международного гуманитарного права» [2013] Вестник РУДН № 2

¹⁰⁹ Paris Principles 2007, definition

¹¹⁰ Situation in Valaria, page 7, para 7

¹¹¹ Меморандум защиты, стр.8-9

2. Тэрион Банистер не является субъектом преступления геноцида по причине того, что является невменяемым.

Статья 26 Римского Статута МУС говорит о том, что суд не обладает юрисдикцией в отношении любого лица, не достигшего 18-летнего возраста на момент предполагаемого совершения преступления. Из этого следует, что лицо, достигшее возраста 18 лет, по общему правилу будет нести ответственность по Римскому статуту, за преступления, совершенные им за исключением случаев, предусмотренных статьям 31-33 Римского статута.

Согласно ст. 31(1)(a) Римского Статута МУС лицо не несет уголовной ответственности, если в момент совершения им деяния это лицо страдает психическим заболеванием или расстройством, которое лишает его возможности осознавать противоправность или характер своего поведения или соотносить свои действия с требованиями закона. Статья 31(1)(a) Статута МУС освобождает от уголовной ответственности, где невменяемость была доказана.

В деле Челебичи¹¹², Судебная палата МТБЮ установила двухуровневый тест по определению невменяемости, которая бы исключала уголовную ответственность. У лица должно быть нарушение психики, которым обвиняемый должен страдать в момент совершения преступления (2.1), которое должно также существенно ухудшить способность обвиняемого контролировать свои действия (2.2).

2.1. Тэрион Баннистер имеет нарушение психики.

Меган Ноберт, которая является адвокатом в области международного уголовного и права прав человека, практикующая в Специальном Трибунале по Ливану и МУС, в своей статье¹¹³ говорит, что было найдено несколько детей-солдат, которые были зависимы от наркотиков, кроме того, их захват и способы воспитания в военных группах представляли собой принуждение, что схоже с фактами настоящей ситуации¹¹⁴. Ввиду такого воздействия, ребенок имеет невероятные физические и психологические последствия. Дети-солдаты, которые были освобождены из таких группировок, имеют широкий спектр серьезных психологических болезней, которые появились в результате их участия в вооруженных группах. Заболевания носят широкий диапазон начиная с

¹¹² Prosecutor v Delalic and Others (Celebici case) (Trial Chamber Judgement), [1998] IT-96-21-T (ICTY), paras.1165–70

¹¹³ Megan Nobert "Children at War: The Criminal Responsibility of Child Soldiers" [2011] 3 Pace Int'l L. Rev. Online Companion 1

¹¹⁴ Situation in Valaria, page 7, para 7

психозов заканчивая различными уровнями посттравматического стрессового расстройства. Воздействие, которое получает ребенок, выступающий в качестве ребенка-солдата неприятны, если учесть тот факт, что люди в странах, находящихся постоянно в вооруженных конфликтах, скорее всего, не смогут получить необходимую медицинскую помощь, необходимую для восстановления после полученных расстройства. Эти все факты подтверждает то, что в деле Лубанги¹¹⁵ дети, которые являлись недобровольными детьми-солдатами признаны были потерпевшими, все из них имели тяжелые психические заболевания. В этом деле Лубанга обвинялся в том, что призывал и вербовал детей, не достигших 15 лет в FPLC, и использовал их для активного участия в боевых действиях¹¹⁶. То, что детей готовили к участию в боевых действиях свидетельствовали видеоматериалы, которые доказывали присутствие несовершеннолетних в тренировочных лагерях на северо-востоке ДРК. В этих военных лагерях несовершеннолетние подвергались тяжелейшим тренировкам и дисциплинарным наказаниям.

К Тэриону Баннистеру на протяжении всего времени нахождения у ДВ применялись насилие, недобровольное употребление наркотических средств, психологическое насилие в виде пыток и убийств малолетних солдат при обязательном присутствии Тэриона Баннистера. Учитывая время, в течение которого проводилась такая «промывка мозгов» (с 8 до 18 лет, в тот момент, когда ребенок должен проходить социализацию и адаптацию в обществе), интенсивность и средства, которыми она проводилась, нужно признать, что из-за всего вышеперечисленного у Тэриона Баннистера имеются серьезные нарушения в психике.

2.2. Из-за нарушения психики у Тэриона Баннистера существенно ухудшилась способность обвиняемого контролировать свои действия.

Доктор Шауэр, выступавшая в деле Томаса Лубанги Дыло в качестве свидетеля-эксперта по теме дети с травмами, в частности, пост-травматического стрессового расстройства, говорила, что дети часто страдают от разрушительных долгосрочных последствий, вызванных актами насилия, которые либо проводились над ними, либо дети были их свидетелями. Такие последствия могут помешать детскому развитию и их способности быть полноправным членом общества даже после того, как насилие прекратилось. По мнению доктора Шауэр, пост-травматический стресс имеет тенденцию сохраняться, возможно, на оставшуюся часть жизни человека. Бывшие дети - солдаты имеют мало навыков, чтобы справиться с жизнью без насилия, что они показывают

¹¹⁵ Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, (Trial Chamber Judgement), [2012] ICC-01/04-01/06 (ICC), para.17

¹¹⁶ Ibid, para.1

постоянную агрессивность в рамках своих семей и общин, даже после того, как вернулись в свои родные деревни¹¹⁷.

Для бывших детей солдат должна быть проведена реинтеграция¹¹⁸. Образование, и особенно, окончание начальной школы, должно иметь приоритетное значение. Для бывшего ребенка-солдата образование – это не только путь к трудоустройству. Оно также помогает нормализовать жизнь и выработать самосознание, отличное от солдатского¹¹⁹.

Из фактических обстоятельств дела видно, что Тэрион Баннистер с 8 до 18 лет находился у ДВ, которые принуждали принимать наркотические средства, применяли к нему насилие, что не могло не отразиться на психическом здоровье Тэриона Баннистера. Более того, из-за того, что он провел практически всю сознательную жизнь среди них, у него не было возможности реинтегрироваться в нормально общество, пройти курс социализации. В итоге у Тэриона Баннистера имеются серьезные психические заболевания, которые никаким образом не лечились, следовательно, они только усугублялись с годами, в конечном итоге, Тэрион Баннистер не может контролировать свои действия и осознавать их общественную опасность. Он удовлетворяет всем условиям для того, чтобы его признали невменяемым в момент совершения действий и в связи с этим быть освобожденный от уголовной ответственности согласно со ст. 31(1)(a) Римского Статута МУС.

3. Не может быть привлечен к уголовной ответственности по той причине, что в момент совершения действий находился в состоянии интоксикации.

Статья 31(1)(b) Статута МУС говорит о том, что лицо не несет уголовной ответственности, если в момент совершения им деяния лицо находится в состоянии интоксикации, которое лишает его возможности осознавать противоправность или характер своего поведения или соотносить свои действия с требованиями закона, если только это лицо не подверглось добровольно интоксикации при таких обстоятельствах, при которых это лицо знало, что в результате интоксикации, им может быть совершено деяние, представляющее собой преступление, подпадающее под юрисдикцию Суда, либо проигнорировало опасность совершения им такого деяния.

¹¹⁷Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, (Trial Chamber Judgement), [2012] ICC-01/04-01/06 (ICC), para. 610

¹¹⁸ Факультативный протокол к Конвенции о правах ребенка, касающийся участия детей в вооруженных конфликтах 2000г., ст.7

¹¹⁹ ГА, Последствия вооруженных конфликтов для детей: Записка Генерального секретаря [1996], UN Doc A/51/306

Инттоксикация будет считаться недобровольной, если оно происходило по принуждению или обвиняемый абсолютно ошибался в том, что он употребляет¹²⁰. Веществами, которые могут вызвать такую интоксикацию являются алкоголь и наркотические вещества¹²¹.

Тэрион Баннистер являлся жертвой недобровольной интоксикации, поскольку после похищения в восьмилетнем возрасте его постоянно заставляли принимать тяжелые наркотические средства. Следовательно, ст. 31(1)(b) Статута МУС в данной ситуации применима.

4. Не осознавал, что совершаемые им действия являются преступлениями геноцида

Одним из элементов преступления геноцида является умысел на уничтожение той или иной группы, указанной в ст. 6 РС. Согласно Элементам преступления¹²², исполнитель имел умысел уничтожить, полностью или частично, эту национальную, этническую, расовую или религиозную группу как таковую.

Субъективный элемент необходимый для геноцида, как преступления, влекущие за собой международную уголовную ответственность, изложен в статье 6 Римского Статута МУС. Это намерение составляет *dolus specialis*, т.е. специальное преступное намерение, которое должно существовать в дополнение к преступному умыслу, лежащему в основе преступления¹²³.

Помимо перечисленных, статья II Конвенции о геноциде¹²⁴ требует дополнительных субъективных факторов. Недостаточно установить, как например, в условиях пункта (а), что произошли преднамеренные незаконные убийства членов группы. Того факта, что члены группы являются мишенью по той причине, что они относятся к этой группе, недостаточно. Действия, перечисленные в статье II Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него, должны быть совершены с намерением уничтожить группу как таковую в целом или частично. Словами «как таковую» подчеркивается намерение уничтожить защищаемую группу¹²⁵.

¹²⁰ I. Bantekas, S. Nash International criminal law (2nd ed., 2003), p. 140

¹²¹ Верле Г. Принципы международного уголовного права (2nd edn., 2011), paras. 603-604

¹²² Элементы преступлений (9 сентября 2002) ICC-ASP/1/3 (II-B) ст.6 (a)

¹²³ Volume I, s.3 Jurisdiction, 11 Jurisdiction Ratione Materiae Edited By: Professor Antonio Cassese, Professor Paola Gaeta, Mr John R.W.D. Jones

¹²⁴ Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него 1949г.

¹²⁵ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43.)

В соответствии со статьей 2, требуется доказать, что обвиняемый в совершении геноцида стремился уничтожить «национальную, этическую, расовую или религиозную» группу. Судебная палата Трибунала по Руанде отметила, что каждое понятие должно оцениваться в свете конкретных политических, социальных, исторических и культурных контекстов¹²⁶.

В действиях Тэриона Баннистера отсутствует специальный умысел на геноцид вердашей, поскольку он не отождествлял их как лиц, принадлежащих к одной из перечисленных групп из-за своего психического расстройства. С учетом его психического расстройства можно сказать, что уровень его развития был примерно, как у ребенка. Некоторые исследователи предполагают, что дети не могут выполнить специальное намерение требование о совершении геноцида, преступлений против человечности или военных преступлений в связи с чем дети не попадают под юрисдикцию МУС¹²⁷. Эти преступления имеют более высокий уровень, чем *mens rea* других преступлений, а дети не могут быть способны к образованию такого намерения¹²⁸. Также следует отметить, что лиц третьего пола невозможно выделить из толпы иных лиц, кроме случаев, когда они удовлетворяют критериям иных групп. Сторона обвинения может говорить, что вердаши носили особую одежду, однако, неизвестно насколько эта одежда отличалась от той, которую носит остальное население страны.

Таким образом, согласно ст. 30 (1) Римского Статута лицо подлежит уголовной ответственности и наказанию за преступление, подпадающее под юрисдикцию Суда, только в том случае, если по признакам, характеризующим объективную сторону, оно совершено намеренно и сознательно. В данном случае у нас специальный умысел отсутствует, следовательно, Тэрион Баннистер не подлежит уголовной ответственности.

Из всего вышеперечисленного следует, что Тэрион Баннистер не может нести уголовную ответственность за свои действия.

¹²⁶Prosecutor v. Bagilishema, (Trial Chamber Judgement), [2001] ICTR-95-1A-T (ICTR), para. 65; Prosecutor v. Musema, (Trial Chamber Judgement), [2000] ICTR-96-13-T (ICTR), para. 161

¹²⁷ Римский статут Международного уголовного суда (принят 17 июля 1998 года, вступил в силу 1 июля 2002) 2187 UNTS 70 ст. 26

¹²⁸ Megan Nobert "Children at War: The Criminal Responsibility of Child Soldiers" [2011] 3 Pace Int'l L. Rev. Online Companion 1

