



**ЭКОНОМИЧЕСКИЙ
И СОЦИАЛЬНЫЙ СОВЕТ**

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/2004/12
2 July 2004

RUSSIAN
Original: ENGLISH

КОМИССИЯ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА
Подкомиссия по поощрению и защите прав человека
Пятьдесят шестая сессия
Пункт 3 предварительной повестки дня

ОТПРАВЛЕНИЕ ПРАВОСУДИЯ, ГОСПОДСТВО ПРАВА И ДЕМОКРАТИЯ

**Рабочий документ Франсуазы Хэмпсон по вопросам криминализации,
расследования и судебного преследования актов серьезного
сексуального насилия***

* Настоящий рабочий документ был представлен позже установленных сроков, с тем чтобы у эксперта было достаточно времени для завершения ее исследования.

Резюме

На своей пятьдесят пятой сессии Подкомиссия по поощрению и защите прав человека в своем решении 2003/108 просила г-жу Франсуазу Хэмпсон подготовить рабочий документ по вопросам криминализации, расследования и судебного преследования актов серьезного сексуального насилия. В своем рабочем документе г-жа Хэмпсон рассматривает определение соответствующих международных преступлений и практику предъявления обвинений. Она указывает, что вопросы, связанные с правилами процедуры, правилами дачи свидетельских показаний и судебными механизмами защиты свидетелей и жертв, выходят за рамки ее доклада.

Рассматривая вопрос об определении соответствующих международных преступлений, г-жа Хэмпсон изучает определения изнасилования и других форм сексуального насилия, активно используя международное право и судебную практику. В части документа, посвященной практике предъявления обвинений, г-жа Хэмпсон подробно рассказывает о том, как лицу, обвиняемому в изнасиловании, посягательствах сексуального характера или в совершении какой-либо другой форме сексуального насилия, может в определенных обстоятельствах быть предъявлено обвинение в совершении не данного правонарушения, а совершении пыток, преступления против человечности, военного преступления или геноцида. Однако она отмечает, что для доказательства последних правонарушений необходимо представить дополнительные элементы, помимо тех, которые необходимы для доказательства изнасилования, посягательств сексуального характера или сексуального насилия. Многократно ссылаясь на международное право и судебную практику, г-жа Хэмпсон описывает, в каких обстоятельствах изнасилование, сексуальные посягательства и другие формы сексуального насилия могут представлять собой пытки, преступление против человечности, военное преступление или геноцид.

В своих выводах г-жа Хэмпсон ставит несколько вопросов. Она спрашивает, желает ли сессионная рабочая группа по вопросу об отправлении правосудия продолжить рассмотрение вопросов, связанных с сексуальным насилием, будет ли внимание ограничено случаями, касающимися международного уголовного права, или сюда будут включены аспекты, связанные с тем, как подобные вопросы рассматриваются в национальных уголовно-правовых системах, что позволит собрать информацию о позитивной и негативной практике. Если будет рассматриваться вопрос о том, как сексуальное насилие в целом рассматривается в национальных уголовно-правовых системах, она спрашивает, будет ли такое рассмотрение охватывать детей, равно как и взрослых, и будет ли порнография рассматриваться в качестве формы сексуального насилия. Она также указывает, что, хотя Подкомиссия уже решила рассмотреть вопрос о

международном уголовном праве на своей пятьдесят шестой сессии, неясно, идет ли речь о преступлениях, подпадающих под юрисдикцию Международного уголовного суда, или имеет место намерение рассмотреть международное уголовное право в более широком контексте. Г-жа Хэмпсон также поднимает вопрос о том, желает ли рабочая группа продолжить сбор информации по проблемам права прав человека, обусловленным последними изменениями в области международного уголовного права, или принять план работы, рассматривая конкретные вопросы.

Введение

1. В докладе сессионной рабочей группы по вопросу об отправлении правосудия, принятом на пятьдесят пятой сессии Подкомиссии по поощрению и защите прав человека (E/CN.4/Sub.2/2003/6), было решено включить в качестве пункта повестки дня пятьдесят шестой сессии Подкомиссии вопрос о криминализации, расследовании и судебном преследовании актов серьезного сексуального насилия, имеющих место в контексте вооруженных конфликтов или совершаемых как часть широкомасштабных или систематических нападений на гражданское население.
2. В настоящем докладе рассматриваются два аспекта данного вопроса: определение соответствующих международных преступлений и практика предъявления обвинений. Вопросы, касающиеся правил процедуры, правил представления свидетельских показаний и судебных механизмов защиты свидетелей и жертв, подпадают под рамки доклада г-жи Ракотоаризоа. В этом докладе не рассматриваются общие вопросы уголовной ответственности - такие, как подстрекательство, ответственность за совместные действия, ответственность командования и т.д. Такие вопросы часто играют весьма важную роль в индивидуальных случаях, связанных с сексуальным насилием, но они не являются отличительной особенностью таких преступлений.

А. Определение преступлений и практика предъявления обвинений

3. Первый вопрос заключается в том, почему проблема преступлений сексуального насилия в ходе конфликтов вызывает трудности. Исторический опыт показывает, что такие преступления в ситуациях конфликтов, как международного, так и немеждународного характера, имеют широкое распространение, т.е. совершаются во многих различных местах и являются исключительно широко распространенными, т.е. их совершается великое множество¹. Предлагались различные объяснения этого явления, в том числе отсутствие эффективного контроля за действиями вооруженных сил, ограничение воздействия обычных сдерживающих факторов, мнение военнослужащих о том, что они имеют право на некое вознаграждение, и желание унижить разбитого врага². Практически столь же широко распространенной, как и само преступление, является неспособность возбуждать против виновных эффективные судебные дела. Хотя часть этой проблемы можно объяснить такими правовыми трудностями, как вопросы юрисдикции в отношении деяний, совершаемых за рубежом, основная причина бездействия, как представляется, заключается в общей неспособности серьезно относиться к таким преступлениям.

4. Следует отметить, что данный вопрос не ограничивается рамками преступлений сексуального насилия в ситуациях конфликта. От многих судебных органов часто поступают жалобы о том, что преступления сексуального насилия не рассматриваются эффективно в национальных уголовных судах. Трудности связаны не только с определением таких преступлений, но также и с порядком расследования таких преступлений полицией, основанием для принятия решений о судебном преследовании, правилами процедуры и правилами дачи свидетельских показаний. В некоторых странах за последние три десятилетия имели место кардинальные изменения в порядке принятия мер в отношении таких преступлений.

5. На международном уровне в начале 90-х годов произошло два значительных события. В ходе освещения конфликта в Боснии и Герцеговине значительное внимание уделялось использованию сексуального насилия в качестве орудия в конфликте. Дело заключалось не просто в том, что конфликт предоставил большие возможности для широкомасштабного сексуального насилия. Высказывалось мнение о том, что такая практика была намеренной и систематической. Повышенное внимание к этим вопросам было перенесено на конфликт и геноцид в Руанде, и средства массовой информации продолжали уделять им значительное внимание в последующих конфликтах, самыми последними из которых были конфликты в Демократической Республике Конго и районе Дарфур в Судане³.

6. Параллельно с повышением внимания к этим вопросам значительное событие произошло также в правовой сфере. В результате учреждения Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии (МТБЮ) и Международного уголовного трибунала по Руанде (МУТР) появилась возможность заняться проблемой сексуального насилия. Весьма эффективное давление, в частности со стороны женских групп, привело к тому, что эти преступления стали рассматриваться серьезно как представителями обвинения, так и самими судьями. Результатом этого стали не только расследования, обвинения, судебные разбирательства и приговоры. Помимо этого, трибуналы приняли специальные правила дачи свидетельских показаний и процедуры рассмотрения таких вопросов, а также создали специальные механизмы, обеспечивающие учет потребностей свидетелей и потерпевших. Работа трибуналов показала, чего можно добиться при наличии политической воли⁴.

7. После этого был принят Римский статут Международного уголовного суда (МУС), а представителями государств-участников были приняты элементы преступления и правила процедуры. Здесь опять же имело место эффективное давление со стороны женских групп, в результате чего были приняты положения, основанные на уроках, извлеченных из опыта деятельности МТБЮ и МУТР⁵.

8. Хотя эти события следует приветствовать, по-прежнему существует весьма реальная проблема. Судя по всему, МУС сможет рассматривать лишь незначительную долю дел, которые потенциально подпадают под его юрисдикцию. Хотя в Статуте говорится, что юрисдикция суда дополняет юрисдикцию государств, в действительности точнее было бы сказать, что она подчинена юрисдикции государств. Первоочередной задачей национальных судов является осуществление юрисдикции. Лишь в тех случаях, когда государство не может или не хочет осуществлять юрисдикцию, возникает вопрос о юрисдикции МУС. С учетом этого жизненно необходимо добиться того, чтобы национальные правовые системы приняли определение преступлений, правила дачи свидетельских показаний и правила процедуры, применимые к преступлениям сексуального насилия, находящимся на рассмотрении МУС, при рассмотрении преступлений сексуального насилия в ситуациях конфликта. В противном случае это будет приводить к оправданиям, чего не случилось бы при рассмотрении дела в самом Суде⁶.

9. Такую опасность иллюстрируют несколько гипотетических примеров. В прецедентном праве МТБЮ и МУТР состав преступления в виде изнасилования четко определяется как введение полового члена во влагалище, анус или рот или введение во влагалище или анус какого-либо другого предмета. Из этого определения ясно, что жертвой изнасилования может стать мужчина. В некоторых судебных системах, хотя сексуальное насилие в отношении мужчин и может подвергаться уголовному преследованию, оно не будет классифицироваться как изнасилование. Это влияет на характер рассмотрения преступления и часто на характер приговора. В других юрисдикциях изнасилование может быть ограничено введением мужского полового члена во влагалище или анус. Таким образом, оно не будет распространяться на введение бутылки или дубинки. Хотя такое деяние, если характеризовать его просто как сексуальное посягательство, и будет уголовно наказуемым, обвинение не будет точно отражать тяжесть содеянного. В некоторых судебных системах возникают аналогичные проблемы, связанные с такими вопросами, как аспект согласия в качестве меры защиты и необходимость наличия свидетельских показаний до вынесения приговора⁷.

10. Римский статут возлагает обязательства лишь на подписавшие его стороны. Однако МТБЮ и МУТР утверждают, что их прецедентное право основано не только на их соответствующих статутах, но также на обычном праве. Последнее они использовали для определения преступлений, подпадающих под их юрисдикцию. В этих рамках определения преступлений, используемые МТБЮ и МУТР, представляют собой *prima facie* определения таких преступлений по международному уголовному праву в целом. Это имеет важные последствия для осуществления Женевских конвенций 1949 года и Протоколов 1977 года на национальном уровне. Кроме того, эти определения оказывают

влияние на определение других концепций права прав человека, таких, как пытки. Следовательно, необходимость учитывать развитие международного уголовного права возникает не только в том случае, когда речь идет о государствах - участниках Статута МУС. Она затрагивает все государства.

11. Возможно, существует необходимость систематического мониторинга национального уголовного права с целью обеспечения того, чтобы в определениях преступлений учитывались изменения в международном уголовном праве, по крайней мере в тех случаях, когда то или иное деяние составляет международное преступление. В этих целях международное преступление означает деяние, в отношении которого любое государство вправе осуществлять юрисдикцию над каким-либо лицом, находящимся на его территории или подпадающим под его юрисдикцию, независимо от национальности подозреваемого или жертвы или территории, где данное деяние было предположительно совершено.

В. Определение преступлений⁸

12. Необходимо проводить разграничение между самим преступлением и процедурой возбуждения иска по нему. Например, в некоторых обстоятельствах изнасилование может вменяться в вину как пытки, серьезное нарушение Женевских конвенций, нарушение законов и обычаев войны, применимых к вооруженному конфликту международного или немеждународного характера, преступление против человечества или даже геноцид. В данном разделе речь идет о самих преступлениях. В следующем разделе будет рассматриваться информация о практике предъявления обвинений. Между двумя этими концепциями существует некоторое совпадение. Например, насмешки сексуального характера сами по себе могут не являться преступлениями, но могут представлять собой унижающее честь или достоинство человека обращение, которое при некоторых обстоятельствах является преступлением.

13. Вопрос об определении преступлений будет изучен с помощью анализа судебной практики МТБЮ и МУТР, а после этого - изучения положений Римского статута и элементов преступления.

14. Главными преступлениями являются изнасилование и посягательство сексуального характера. Другие формы сексуальной эксплуатации также могут представлять собой нарушения международного уголовного права.

1. Изнасилование

15. Изнасилование считается более серьезным преступлением, чем другие формы сексуальных посягательств, но обе категории запрещены⁹. Международным договорным правом, в частности Женевскими конвенциями 1949 года и Протоколами 1977 года, изнасилование запрещается как прямо, так и в случае общей для всех Конвенций 1949 года статьи 3 в силу необходимой импликации. В международном договорном праве нет определения изнасилования¹⁰.

16. Одним из первых специальных судов, давших определение изнасилования, стал МУТР. В деле *Акайесу* обвиняемому было предъявлено обвинение в изнасиловании как преступлении против человечности и нарушении статьи 3, являющейся общей для всех Женевских конвенций¹¹. Поэтому Суд был вынужден дать определение изнасилованию, но не в контексте, обязывавшем его проанализировать элементы этого правонарушения как таковые. Суд заявил:

"Палата считает, что изнасилование является формой нападения и что основные элементы преступления изнасилования не могут выражаться в механическом описании предметов и частей тела. Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных и унижающих достоинство видов обращения или наказания не содержит перечня конкретных деяний в определении пыток, поскольку в ней основное внимание уделяется концептуальным рамкам насилия, санкционируемого государством. Такой подход полезнее использовать в международном праве. Как и пытки, изнасилование используется в таких целях, как запугивание, оскорбление, унижение, дискриминация, наказание, контроль или разрушение личности. Как и пытки, изнасилование является оскорблением человеческого достоинства, и изнасилование фактически представляет собой пытки в тех случаях, когда совершается должностным лицом или другим лицом, выполняющим официальные функции, по его наущению или при его согласии или попустительстве.

Палата определяет изнасилование как физическое вторжение сексуального характера, совершенное в отношении лица в принудительных обстоятельствах. Сексуальное насилие, которое включает в себя изнасилование, представляет собой любое действие сексуального характера, совершенное в отношении лица в принудительных обстоятельствах"¹².

17. Сразу после этого МТБЮ потребовалось определить изнасилование в обстоятельствах, в которых он был вынужден точно определить деяния, являющиеся

составными частями данного преступления, и точную форму отсутствия согласия. С тем чтобы определить элементы изнасилования, Суд проанализировал внутренние законы нескольких государств. В этой связи он отметил, что

"в национальных законах ряда стран можно проследить тенденцию к расширению понятия изнасилования, которое в настоящее время включает в себя деяния, ранее считавшиеся сравнительно менее серьезными правонарушениями, - например, сексуальные посягательства и покушение на нравственность. Эта тенденция указывает на то, что на национальном уровне государства склонны занимать более жесткую позицию по отношению к серьезным формам сексуальных посягательств: клеймо изнасилования характеризует в настоящее время все более широкую категорию сексуальных правонарушений, при том условии, конечно, что они отвечают определенным требованиям, связанным главным образом с насильственной физической пенетрацией"¹³.

18. В том же деле Судебная палата отметила «неоспоримость содержащегося в предварительном меморандуме обвинения утверждения о том, что изнасилование представляет собой насильственное деяние: это означает, что данное деяние "совершается с помощью силы или угрозы применения силы в отношении жертвы или третьего лица, такие угрозы носят прямой или скрытый характер и должны вселять в пострадавшего обоснованный страх того, что он, она или третье лицо будут подвергнуты насилию, задержанию, принуждению или психологическому подавлению". Это деяние представляет собой введение мужского полового члена во влагалище, анус или рот, или введение другого предмета во влагалище или анус. В этом отношении оно включает в себя даже самое незначительное введение пениса в вульву, анус или ротовую полость и сексуальная пенетрация вульвы или ануса не ограничивается введением пениса»¹⁴, и Судебная палата сослалась на определение изнасилования, сформулированное МУТР при рассмотрении дела *Акайесу*, которое упоминалось в пункте 16 выше.

19. Это определение означает, что при определенных обстоятельствах сексуальные посягательства на мужчину могут являться изнасилованием. В деле *Цесича* обвиняемый признал, что он сознательно заставил двух братьев-мусульман, содержащихся под стражей в лагере Лука, заниматься оральным сексом друг с другом в присутствии других лиц. Ранко Цесич признал, что он в полной мере понимал, что это совершается без согласия жертв¹⁵. Это было сочтено особо тяжким и извращенным примером изнасилования.

20. Областью, в которой имеют место наиболее значительные расхождения между различными судебными системами, является криминализация насильственной оральной

пенетрации. Хотя она практически всегда представляет собой ту или иную форму сексуальных посягательств, в некоторых судебных системах она не классифицируется как преступление. Суд объяснил, почему он считает, что такие деяния подпадают под определение изнасилования, и объяснил, почему в данном случае не возникает проблемы *nullem crimen sine lege* даже в тех случаях, когда по законам страны гражданства обвиняемого соответствующее деяние классифицируется как серьезное посягательство¹⁶.

21. Палата заключила, что в качестве объективных элементов изнасилования может быть принято следующие:

- "i) движимое сексуальными мотивами проникновение, пусть даже незначительное:
 - a) полового члена насильника или любого другого используемого им предмета во влагалище или анальное отверстие жертвы; или
 - b) полового члена насильника в рот жертвы;
- ii) принуждение, применение силы или угрозы применения силы в отношении жертвы или третьего лица"¹⁷.

22. Это решение было подтверждено Судебной палатой в деле "Фоча", в котором Суд разъяснил второй вышеуказанный элемент - условия принуждения¹⁸. Суд проанализировал внутреннее право государств с целью определения контекста, наличие которого необходимо доказать с целью установления того, было ли совершено преступление изнасилования:

"широкий круг различных факторов, которые позволят классифицировать соответствующие сексуальные деяния как преступление изнасилования. Можно считать, что в большинстве своем эти факторы подпадают под три основные категории:

- i) сексуальные действия сопровождаются силой или угрозой применения силы по отношению к жертве или третьей стороне;
- ii) сексуальные действия сопровождаются применением силы или комплексом других конкретных обстоятельств, которые делают жертву особенно уязвимой или лишают ее возможности осознанно заявить о своем отказе; или

iii) сексуальные действия осуществляются без согласия жертвы"¹⁹.

23. После рассмотрения этих понятий Суд предположил, что ключевым элементом является не наличие силы, а отсутствие согласия. Суд заявил:

"Аспекты, указанные в определении по делу *Фурунджия* - сила, угроза применения силы или принуждение, - несомненно, являются уместными соображениями во многих правовых системах, но весь комплекс положений, на которые опирается это решение, дает основание предположить, что подлинным общим знаменателем, объединяющим различные системы, может быть более широкий или более базовый принцип наказания за нарушение сексуальной автономии. В деле *Фурунджия* речь идет не только о важности наличия элемента силы, угрозы применения силы и принуждения, но также и об отсутствии согласия или добровольного участия, поскольку было отмечено, что:

"[...] все судебные системы, изученные Судебной палатой, требуют наличия элемента силы, принуждения, угрозы или действия без согласия жертвы: сила предполагает широкое толкование и включает в себя создание таких условий, когда жертва находится в безнадёжном положении".

Дальнейшее рассмотрение правовых систем, изученных при вынесении решения по делу *Фурунджия*, и соответствующих положений ряда других судебных систем указывает на то, что толкование, предложенное выше, при котором акцент делается на серьезных нарушениях сексуальной автономии, является верным"²⁰.

24. В деле *Фурунджия* Суд следующим образом сформулировал результаты своего анализа:

"С учетом вышеизложенных соображений Судебная палата полагает, что *actus reus* преступления изнасилования в международном праве составляют: движимое сексуальными мотивами проникновение, пусть даже незначительное: а) полового члена насильника или любого другого используемого им предмета во влагалище или анальное отверстие жертвы; или б) полового члена насильника в рот жертвы; когда такое сексуальное проникновение происходит без согласия жертвы. В этих целях согласие должно быть добровольным, как результат проявления свободной воли жертвы, что определяется в контексте окружающих обстоятельств. Субъективной стороной преступления являются намерение осуществить такое движимое сексуальными мотивами проникновение и осознание того, что оно происходит без согласия жертвы"²¹.

25. На решение по делу *Кунарача* была подана апелляция на различных основаниях, включая определение изнасилования. Апелляционная палата отклонила утверждение заявителей относительно того, что для установления факта отсутствия согласия необходимо продемонстрировать продолжительное сопротивление²². Апелляционная палата проанализировала соотношение между силой и отсутствием согласия; иными словами, она рассмотрела вопрос о том, в какой степени данные судом заключения по делу *Кунарача* повлияли на то, что результаты его анализа по делу *Фурунджия* были существенным образом изменены. Апелляционная палата заявила:

"Сила или угроза применения силы являются очевидным свидетельством несогласия, но сила сама по себе не является элементом изнасилования. В частности, Судебная палата хотела бы пояснить, что существуют "факторы [помимо силы], которые придают акту мотивированного сексуальными намерениями проникновения неконсенсуальный или недобровольный характер со стороны жертвы". Если рамки рассмотрения будут ограничены силой или угрозой применения силы, то это может позволить насильникам уходить от ответственности за сексуальные деяния, совершаемые без согласия другой стороны, поскольку они могут использовать принудительные обстоятельства без применения физической силы"²³.

26. Суд сделал еще один шаг. В определенных обстоятельствах люди могут быть особо уязвимыми по отношению к принуждению - типичным примером является содержание под стражей. В некоторых судебных системах считается, что лица, находящиеся в особенно уязвимом положении, не в состоянии свободно на что-либо соглашаться. По этой причине какие-либо сексуальные действия в отношении такого лица не могут считаться консенсуальными - по крайней мере, с правовой точки зрения. В деле *Фоча* потерпевшие содержались под стражей. Палата заключила:

"В большинстве своем заявители в данном деле были осуждены за изнасилования женщин, содержащихся фактически в военных штабах, центрах содержания под стражей и квартирах, использовавшихся в качестве жилищ для солдат. Наиболее вопиющим аспектом условий содержания являлось то, что жертвы считались законной сексуальной добычей своих похитителей. Как правило, женщины подвергались изнасилованиям несколькими насильниками и с почти невероятной регулярностью. (С теми, кто поначалу искал помощи или сопротивлялся, обращались с особой жестокостью.) Подобная практика содержания под стражей создает настолько принудительные условия, что не может быть никакой речи о возможности согласия.

В заключение Апелляционная палата выражает свое согласие с выводом Судебной палаты о том, что имевшие место в данном деле принудительные обстоятельства исключали возможность согласия на непосредственные половые сношения с заявителями"²⁴.

27. Приведенная Апелляционной палатой аргументация была использована в деле *Стакича*²⁵ как в отношении деяния, так и контекста.

28. В Римском статуте МУС прямо говорится об изнасиловании в контексте преступлений против человечности (подпункт g) статьи 7) и военных преступлений в международных и немеждународных конфликтах (подпункты b) xxi) и e) vi) статьи 8)²⁶. В докладе Подготовительной комиссии по элементам состава преступлений стороны дали определение изнасилованию. В этом определении изнасилование рассматривается *как* преступление против человечности или *как* военное преступление. Поэтому определенные элементы определений касаются установления таких контекстов. Отличительными элементами изнасилования как такового являются:

"1. Исполнитель посягнул на тело лица, совершив деяние, в результате которого имело место проникновение, даже самое незначительное, в любую часть тела потерпевшего или исполнителя половым членом либо любым предметом или любой частью тела в анальное или генитальное отверстие потерпевшего.

2. Посягательство было совершено с применением силы или угрозы силой в отношении данного или другого лица, либо путем принуждения, вызванного, например, страхом перед насилием, грубым принуждением, задержанием, психологическим давлением или злоупотреблением властью, либо путем использования обстановки, характеризующейся принуждением, либо посягательство было совершено в отношении лица, не способного дать согласие, выражающее его истинную волю"²⁷.

При каждой прямой ссылке на изнасилование используются одни и те же элементы. Влияние судебной практики МТБЮ и МУТР на определение этих элементов очевидно.

2. Другие формы сексуального насилия

29. Ущерб, причиняемый жертвам сексуального насилия, которое не принимает форму изнасилования, определенного выше, может быть, тем не менее, весьма серьезным. Это признано двумя специальными трибуналами. Как правило, им приходилось рассматривать данный вопрос в контексте обвинения в причинении серьезного ущерба

физическому или психическому здоровью, либо оскорбительном или унижающем достоинство обращении. Тем не менее то внимание, которое оба трибунала уделяли сексуальному характеру причиненного ущерба, требует того, чтобы данный вопрос был рассмотрен в этом контексте, а не просто в качестве вопроса, связанного с практикой предъявления обвинений.

30. В деле *Акайесу* МУТР констатировал, что:

"Сексуальным насилием, включая изнасилование, считается любое действие сексуального характера, совершаемое по отношению к тому или иному лицу в принудительных обстоятельствах. [...] Сексуальное насилие не ограничивается физическим посягательством на тело человека и может включать в себя действия, не связанные с проникновением или даже физическим контактом. Инцидент, описанный свидетелем КК, когда обвиняемый приказал "интерахамве" раздеть студентку и заставить ее обнаженной заниматься гимнастикой в доступном общественности дворе суда управления коммуной на глазах у толпы, представляет собой сексуальное насилие. В этой связи Трибунал отмечает, что доказательство наличия принудительных обстоятельств не требует свидетельств применения физической силы. Угрозы, запугивание, принуждение и другие формы давления, использующие страх или отчаяние, могут представлять собой принуждение, а принуждение может быть свойственно определенным обстоятельствам - таким, как вооруженный конфликт или военное присутствие "интерахамве" среди беженцев из народности тутси в управлении коммуны. Сексуальное насилие подпадает под рамки "других бесчеловечных деяний", определяемых в пункте i) статьи 3 Статута Трибунала, "оскорблений личного достоинства", изложенных в пункте e) статьи 4 Статута, и "серьезного физического или психического ущерба", определяемого в подпункте b) пункта 2 статьи 2 Статута"²⁸.

Это представляет собой негативное определение - сексуальное насилие не требует проникновения или даже физического контакта, - но не ясно, что же представляют собой позитивные элементы, которые должны быть доказаны. Все другие примеры, приведенные Судом и не связанные с изнасилованием, касаются публичного обнажения²⁹.

31. МТБЮ пришлось рассматривать данный вопрос в связи с запрещением пыток и оскорблений достоинства личности. При рассмотрении возможной связи между международным уголовным правом, международным гуманитарным правом и международным правом прав человека Суду было нелегко провести между ними разграничения³⁰. При изучении дела *Кунарача* Суд смог проанализировать эти понятия с учетом своих прежних двух решений по делам *Делалича* и *Алексовского*³¹. Характер

ущерба, который должен быть причинен в результате действия или бездействия, с тем чтобы это представляло собой пытки, предполагает "острую боль или страдания, будь то физические или душевные"³². Необходимо также установить другие элементы, но в данном контексте единственный вопрос заключается в том, являются ли действия, связанные с сексуальным насилием, запрещенным поведением того или иного рода. Что касается оскорблений достоинства личности, то Суд прямо заявил, что вред не обязательно должен быть долговременным, но он должен иметь серьезный характер³³. Суд также постановил, что для определения того, что представляет собой оскорбительные или унижающие достоинство действия, имеются объективные основания. Суд пришел к выводу, что:

"оскорбление человеческого достоинства предполагает:

- i) что обвиняемый умышленно совершал действия или бездействие, которые в целом, как считается, приводят к серьезному унижению, оскорблению или какому-либо иному серьезному посягательству на человеческое достоинство, или принимал участие в таких действиях или бездействии, и
- ii) что он знал, что действия или бездействие могут иметь такие последствия"³⁴.

Апелляционная палата в своем решении от 12 июня 2002 года подтвердила использование объективной оценки³⁵. Очевидно, что сексуальное насилие может подпадать под эту формулировку.

32. В деле *Фурунджия* Суд непосредственно рассмотрел вопрос о сексуальных посягательствах. Суд отметил, что Токийский международный военный трибунал, рассматривая обвинения против генералов Тойёды и Мацуи, которые были связаны с событиями в Нанкине, коснулся как вопроса изнасилования, так и сексуальных посягательств³⁶. Суд заключил, что:

"Бесспорно, что изнасилование и другие серьезные сексуальные посягательства в ходе вооруженного конфликта влекут за собой уголовную ответственность исполнителей"³⁷.

33. Суд стремился дать определение серьезным сексуальным посягательствам:

"Как указывалось выше, международные уголовные нормы карают не только изнасилование, но также и любые серьезные сексуальные посягательства, не связанные с фактической пенетрацией. Как представляется, запрету подлежат все серьезные деяния сексуального характера, наносящие ущерб физической и моральной целостности человека с использованием принуждения, угрозы применения силы или запугивания таким образом, который оскорбляет и унижает достоинство жертвы. Поскольку обе эти категории деяний криминализируются международным правом, то различие между ними имеет значение, главным образом, для определения приговора"³⁸.

Не ясно, ограничивает ли Суд данное преступление категорией сексуальных *посягательств*, или же оно может охватывать и другие формы сексуального насилия. Обычно посягательства предполагают реальный физический контакт или его угрозу. Предположение о том, что различие между изнасилованием и сексуальными посягательствами сводится главным образом к степени тяжести и, следовательно, в основном имеет значение при определении приговора, может означать, что Суд, по крайней мере в данном замечании, ограничился сексуальными посягательствами.

34. Возможно, Римский статут пошел дальше МТБЮ в рассмотрении вопроса о сексуальном насилии вообще. Помимо таких преступлений, как принудительная проституция и сексуальное рабство, в нем имеется общая ссылка на сексуальное насилие. Оно может являться преступлением против человечности и/или военным преступлением в международных и немеждународных конфликтах в соответствии с подпунктом g) пункта 1 статьи 7 и подпунктами b) (xxii) и e) (vi) пункта 2 статьи 8. Элементами преступления, связанного с сексуальным насилием, а не дополнительными элементами, необходимыми для того, чтобы установить наличие преступления против человечности или военного преступления, является следующее:

"1. Исполнитель совершил в отношении одного или нескольких лиц акт сексуального характера либо вовлек такое лицо или лиц в совершение акта сексуального характера путем применения силы или угрозы силой против такого лица или лиц либо другого лица, либо путем принужденного, вызванного, например, страхом перед насилием, грубым принуждением, задержанием, психологическим давлением или злоупотреблением властью, либо путем использования обстановки, характеризующейся принуждением, или же неспособности такого лица или лиц дать согласие, выражающее их истинную волю.

2. По своей тяжести такое деяние являлось сопоставимым с другими нарушениями, указанными в пункте 1 g) статьи 7 Статута.

3. Исполнитель признавал фактические обстоятельства, свидетельствовавшие о тяжести такого деяния"³⁹.

Определение сексуального насилия является аналогичным в трех контекстах, в которых оно используется.

С. Практика предъявления обвинений

35. Как видно из вышеизложенного, в тех случаях, когда ответчик обвиняется в изнасиловании, сексуальном посягательстве или какой-либо другой форме сексуального насилия, в определенных обстоятельствах он/она могут обвиняться в совершении не этого конкретного правонарушения, а в совершении пыток, преступления против человечности, военного преступления или даже геноцида. Чтобы то или иное деяние подпадало под рамки этих категорий, необходимо доказать наличие других элементов в дополнение к тем, которые необходимы для изнасилования, сексуальных посягательств или сексуального насилия.

36. Важно, чтобы прокуроры в национальных уголовных судах учитывали международную практику предъявления обвинений. Категоризация преступления определяет степень позора, которым сопровождаются осуждение и, как правило, приговор. Как осуждение за сексуальные посягательства неуместно в случае изнасилования мужчины, так и осуждение за изнасилование неуместно в тех обстоятельствах, когда оно представляет собой преступление против человечности и военное преступление. В тех случаях, когда государства не криминализируют определенные формы поведения и когда обвинения не соответствуют тяжести преступления⁴⁰, они, возможно, нарушают свои обязательства по праву прав человека. МУС также может столкнуться с проблемой адекватности национальных уголовных процедур в тех случаях, когда ответчику не предъявляются соответствующие обвинения⁴¹.

37. Поэтому необходимо рассмотреть вопрос о том, в каких обстоятельствах изнасилование, сексуальные посягательства и другие формы сексуального насилия могут представлять собой пытки, преступление против человечности, военное преступление или геноцид. В этом отношении весьма полезными ориентирами может послужить судебная практика МТБЮ и МУТР. В настоящем разделе не будет рассматриваться вопрос о предъявлении обвинений за изнасилование как таковое или вопрос об изнасиловании, сексуальных посягательствах или прочих формах сексуального насилия в качестве оскорбительного и унижающего достоинство обращения, поскольку эти вопросы были фактически рассмотрены в предыдущем разделе.

1. Обвинения в сексуальном насилии как пытке

38. Пытки не являются отдельной категорией преступления. В зависимости от обстоятельств они могут являться преступлением против человечности или военным преступлением⁴². В этом контексте единственный вопрос заключается в том, могут ли некоторые формы сексуального насилия представлять собой пытки. Для категоризации пыток в качестве преступления против человечности или военного преступления необходимо будет установить наличие дополнительных элементов.

39. В деле *Кунарача* МТБЮ постановил, что:

"Однако три элемента определения пыток, содержащегося в Конвенции против пыток, являются неоспоримыми и рассматриваются в качестве представляющих состояние обычного международного права по данному предмету:

- i) пытки представляют собой причинение в результате действия или бездействия острой боли или страдания, будь то физическое или психическое;
- ii) такое действие или бездействие должны быть намеренными;
- iii) данное деяние должно служить достижению другой цели в том смысле, что причинение боли должно быть направлено на достижение определенной цели"⁴³.

Суд далее постановил:

"Обычное международное право не содержит требования о том, чтобы такое деяние совершалось ради достижения одной из запрещенных целей. Как отмечалось Судебной палатой в деле *Делалича*, запрещенная цель должна просто являться частью мотивации такого поведения и необязательно должна быть главенствующей или единственной целью"⁴⁴.

В своей апелляции заявители Кунарач и Вукович утверждали, что руководствовались только сексуальными мотивами⁴⁵. Апелляционная палата подтвердила мнение Судебной палаты о том, что "нет необходимости в том, чтобы деяния совершались исключительно ради одной из целей, запрещенных международным правом. Если вследствие действия достигается одна из запрещенных целей, то тот факт, что такое деяние было также

направлено на достижение какой-либо неперечисленной цели (даже если она имела сексуальный характер), не имеет значения"⁴⁶.

40. Рассматривая случаи изнасилований по делу Кунарача, Апелляционная палата подтвердила заключение Судебной палаты:

"Таким образом, можно утверждать, что наличие острой боли или страдания, что требуется согласно определению преступления пыток, устанавливается после доказанного совершения изнасилования, поскольку акт изнасилования обязательно предполагает такую боль или страдание. Поэтому Апелляционная палата заявляет, что острая боль или страдания физического или психического характера, которые перенесли жертвы, не могут быть поставлены под сомнение и что Судебная палата справедливо заключила, что боли или страданий было достаточно для того, чтобы охарактеризовать деяния заявителей как акты пыток"⁴⁷.

41. Тщательно изучив как право прав человека, так и международное гуманитарное право, Судебная палата заключила, что:

"определение пыток в рамках международного гуманитарного права не содержит те же элементы, что и определение пыток, которое, как правило, используется в праве прав человека. В частности, Судебная палата считает, что присутствие государственного должностного лица или любого другого лица, наделенного властью, во время пытки не обязательно для того, чтобы преступление считалось пыткой по международному гуманитарному праву.

Исходя из сказанного, Судебная палата считает, что в области международного гуманитарного права элементами преступления пыток, согласно обычному международному праву, являются следующие:

- i) причинение с помощью действия или бездействия сильной боли или страданий, будь то физических или психических;
- ii) намеренное действие или бездействие;
- iii) действие или бездействие, которые преследуют цель получить информацию или признание или наказать, запугать или принудить жертву или третье лицо, или подвергнуть жертву или третье лицо дискриминации на любом основании"⁴⁸.

Следует отметить, что по международному гуманитарному праву необязательно, чтобы исполнитель являлся государственным агентом.

42. Поскольку Судебная палата обстоятельно объяснила разницу между элементами, необходимыми для установления факта совершения пыток по праву прав человека и по международному гуманитарному праву, то представляется желательным отдать предпочтение анализу, проведенному Судом по делу *Кунарача*, а не прежнему анализу МУТР и МТБЮ по делам *Акайесу* и *Мучича и др.* Анализ, проведенный Судебной палатой по делу *Фурунджия*, в большей степени напоминает анализ, данный в деле *Кунарача*⁴⁹.

43. В тех случаях, когда присутствуют все эти элементы, изнасилование может представлять собой пытку⁵⁰:

"При оценке тяжести причиненного ущерба принимается во внимание ущерб физическому или психическому здоровью. Судебная палата отмечает, что насилие, равносильное пытке, необязательно должно предполагать физические увечья, поскольку психический ущерб является распространенной формой совершения пыток. Например, психическое страдание, которое переживает человек, принуждаемый наблюдать за жестоким обращением с его родственником, может быть настолько тяжким, что будет соответствовать требованиям в отношении преступления пыток. Подобным образом Судебная палата в деле *Фурунджия* пришла к выводу, что принуждение к наблюдению за серьезными сексуальными нападениями на знакомую женщину представляет собой пытку для принуждаемого наблюдателя. Присутствие наблюдателей, особенно членов семьи, также наносит серьезный психический ущерб, равносильный пытке, лицу, подвергаемому изнасилованию"⁵¹.

44. В подпункте е) пункта 2 статьи 7 Римского статута МУС пытка, в отношении которой может быть предъявлено обвинение в совершении преступления против человечности или военного преступления, определяется как "умышленное причинение сильной боли или страданий, будь то физических или психических, лицу, находящемуся под стражей или под контролем обвиняемого; но пытками не считается боль и страдание, которые возникают лишь в результате законных санкций, неотделимы от этих санкций или вызываются ими случайно".

2. Обвинение в сексуальном насилии как преступлении против человечности

45. Хотя в данном подразделе рассматривается вопрос о сексуальном насилии вообще, следует отметить, что другие действия, имеющие в широком смысле сексуальный характер, могут также являться преступлениями против человечности - например, принуждение к проституции, принудительная беременность и принудительная стерилизация⁵². В частности, в деле *Кунарача* Судебная палата обсуждала определение порабощения как преступления против человечности и указала, что среди множества обстоятельств, которые могут свидетельствовать о порабощении, одним из показателей также может быть сексуальная эксплуатация⁵³. В решении по делу *Тадича* МТБЮ пришел к выводу о том, что "для того, чтобы признать обвиняемого виновным в преступлениях против человечности, необходимо доказать, что данные преступления были *связаны* с нападением на гражданское население (имевшее место во время вооруженного конфликта) и что обвиняемый *знал*, что его преступления были с этим связаны"⁵⁴. Согласно положениям его Статута, МТБЮ необходимо установить связь с вооруженным конфликтом, с тем чтобы начать судебное преследование по статье 5 Статута. Однако это в целом неверно в том, что касается преступлений против человечности. В статье 7 Римского статута говорится, что достаточно установить, что деяния совершались в рамках широкомасштабного или систематического нападения на гражданских лиц. Нет необходимости в установлении дискриминационного намерения во всех преступлениях против человечности, а только в отношении тех, в основе которых лежали преследования⁵⁵.

46. В деле *Акайесу* МТБЮ следующим образом истолковал "широкомасштабное или систематическое нападение":

"Понятие "широкомасштабное" можно определить как массированное, частое, крупномасштабное действие, осуществляемое коллективно со значительной серьезностью и направленное против множества жертв. Понятие "систематическое" можно определить как тщательно организованное действие, совершаемое в соответствии с установившейся схемой на основе общей политики и с использованием значительных государственных или частных ресурсов. Такая политика необязательно должна быть формально принята в качестве политики государства. Однако необходимо наличие того или иного заранее составленного плана или политики.

Понятие нападения можно определить как незаконные действия такого рода, которые перечислены в пунктах а) - i) статьи 3 Статута, - например, убийство,

уничтожение, порабощение и т.д. Нападение также может быть по своему характеру не сопряжено с насилием, как, например, в случае с установлением системы апартеида, который объявлен преступлением против человечности в статье 1 Конвенции против апартеида 1973 года, или оказанием давления на население, с тем чтобы заставить его действовать определенным образом, но это может рассматриваться в рамках категории нападения, если проводится в массовых масштабах или систематическим образом"⁵⁶.

47. В подпункте а) пункта 2 статьи 7 Статута МУС "широкое или систематическое нападение" определяют как "линию поведения, включающую многократное совершение актов, указанных в пункте 1, против любых гражданских лиц, предпринимаемых в целях проведения политики государства или организации, направленной на совершение такого нападения"⁵⁷. Подготовительная комиссия решила, что: "Эти действия необязательно должны представлять собой военное нападение. Имеется в виду, что "политика, направленная на совершение такого нападения", предполагает, что государство или организация активно поощряли такое поведение, как нападение на гражданское население, или подстрекали к нему"⁵⁸.

48. Также необходимо показать, что обвиняемый "...знал, что деяние является частью широкомасштабного или систематического нападения на гражданское население, или имел умысел сделать его частью такого нападения".

49. В тех случаях, когда эти требования соблюдены, серьезное сексуальное насилие может быть вменено в вину в качестве преступления против человечности.

3. Обвинение в сексуальном насилии как военном преступлении

50. Военное преступление - это другой термин, используемый для того или иного нарушения законов и обычаев войны. Оно может иметь две формы. В тех случаях, когда нарушение имеет место в ходе международного вооруженного конфликта, оно может быть "серьезным нарушением" четырех Женевских конвенций 1949 года или Дополнительного протокола I 1977 года. Термин "серьезное нарушение" является техническим. С другой стороны, также в контексте международного вооруженного конфликта какое-либо деяние может быть нарушением законов и обычаев войны, применимых к таким конфликтам. Вторая категория касается нарушений правил, применимых к немеждународным конфликтам. Она включает нарушения статьи 3, общей для всех Женевских конвенций, и Дополнительного протокола II 1977 года, а также, поскольку судебная практика МТБЮ и МУТР подтвердила наличие такой категории, нарушения законов и обычаев войны, применимых к немеждународным конфликтам.

51. Необходимо установить, во-первых, является ли данный конфликт международным или он носит немеждународный характер, а во-вторых, установить связь между деянием и конфликтом. Первый вопрос не является элементом преступления, тогда как второй таковым является⁵⁹.

52. Что касается классификации конфликта, то в подпунктах d) и f) пункта 2 статьи 8 Статута МУС определяется минимальный порог для применения правил, распространяющихся на немеждународный вооруженный конфликт. Однако там нет определения международных вооруженных конфликтов ни с точки зрения минимальных уровней конфликта, ни по отношению к таким конфликтам, когда их международный/немеждународный характер неясен. Трудности, связанные с необходимостью подобной классификации, неоднократно и со всей очевидностью возникали в делах, рассматривавшихся МТБЮ. Апелляционная палата при рассмотрении дела *Тадича* сформулировала основные принципы классификации конфликтов, не согласившись с решением, принятым большинством в Судебной палате во время процесса⁶⁰.

53. Что касается требования о связи между деянием и вооруженным конфликтом, то речь идет не о том, чтобы деяние было совершено в интересах развития конфликта. Требование сводится к тому, чтобы деяние просто было связано с конфликтом.

54. Это может создать трудности при рассмотрении дел о сексуальном насилии, поскольку можно легко утверждать, что оно не связано с конфликтом, а просто представляет собой частное действие частного лица⁶¹. Однако в действительности, о чем ясно свидетельствует уже обсуждавшаяся судебная практика МТБЮ и МУТР, суд легко может провести разграничение между двумя категориями на практике.

55. Подготовительная комиссия определила необходимую связь с конфликтом. Помимо элементов, относящихся к самому преступлению, для определения того, является ли деяние *военным* преступлением, необходимо установить следующие элементы:

"Деяние имело место в контексте международного вооруженного конфликта и было связано с ним.

Исполнитель признавал фактические обстоятельства, свидетельствовавшие о существовании вооруженного конфликта"⁶².

Это было в дальнейшем разъяснено Подготовительной комиссией следующим образом:

«В отношении последних двух элементов, указываемых для каждого преступления:

не существует никакого требования в отношении правовой оценки исполнителем факта существования вооруженного конфликта или его характера как международного или немеждународного;

в этом контексте не существует никакого требования в отношении знания исполнителем фактов, определяющих характер конфликта как международного или немеждународного;

существует только требование в отношении знания фактических обстоятельств, определяющих существование вооруженного конфликта, что подразумевается во фразе "имело место в контексте... и было связано с ним"⁶³.

56. Для того чтобы акт сексуального насилия мог быть вменен в вину в качестве военного преступления, необходимо прежде всего установить, являлся ли данный конфликт международным или немеждународным, если дается ссылка на конкретные положения Статута МУС, а после этого установить связь с вооруженным конфликтом.

4. Приравнивание насилия на сексуальной почве к геноциду

57. Хотя на основании бытующего мнения, возможно, считается, что геноцид может иметь место лишь в тех случаях, когда уничтожается значительная часть какого-либо населения, на деле это не так. Для обвинения того или иного лица в совершении геноцида необходимо быть способным доказать совершение, по крайней мере, одного из пяти содержащихся в перечне деяний и доказать, что обвиняемый руководствовался конкретным намерением в момент совершения данного деяния. Как решил МУТР в деле *Акайесу*, сексуальное насилие может в некоторых обстоятельствах подпадать под категорию предписываемых действий. Вторая категория действий заключается в "причинении серьезного телесного или психического ущерба членам группы"⁶⁴. В этом решении МУТР счел, что характер и степень страданий могут быть приравнены к "актам пыток, будь то телесные или психические, представляющие бесчеловечное или унижающее достоинство обращение, преследованиям" (пункт 504). Третья категория действий представляет собой "умышленное создание для группы таких условий жизни, которые рассчитаны на полное или частичное уничтожение ее". Трудно увидеть, как индивидуальные акты сексуального насилия могут подпадать под это определение, но в тех случаях, когда сексуальное насилие используется в отношении поработанных, условия их жизни могут соответствовать данному требованию⁶⁵. В заключение Суд

предположил, что "меры, рассчитанные на предотвращение деторождения в среде конкретной группы... могут иметь физический, но также и психический характер. Например, изнасилование может являться мерой, рассчитанной на предотвращение деторождения в тех случаях, когда изнасилованное лицо впоследствии отказывается рожать, точно так же, как членов какой-либо группы можно заставить не рожать детей, прибегая к угрозам или нанесению травм" (пункт 508).

58. Чтобы обвинение в геноциде было обоснованным, необходимо продемонстрировать, что пострадавшие стали жертвами не как отдельные лица, а были выбраны *по принципу* принадлежности к конкретной группе (дело *Акайесу*, пункт 508).

59. Самой уникальной отличительной особенностью преступления геноцида является весьма конкретное намерение, наличие которого необходимо доказать, с тем чтобы обвиняемый был признан виновным. Обвинителю необходимо установить, что обвиняемый, совершая одно из перечисленных деяний, имел "намерение уничтожить, полностью или частично, определенную группу"⁶⁶.

60. В деле *Акайесу* МУТР высказал мнение о том, что

"намерение является умственным фактором, наличие которого трудно, даже невозможно установить. Именно поэтому, при отсутствии признания обвиняемого, его намерение можно вывести из определенного круга фактических презумпций. Палата считает, что можно обосновывать намерение совершить акт геноцида, заключающийся в том или ином конкретном деянии, совершаемом в общем контексте других преступных деяний, систематически направленных против той же группы, независимо от того, были ли эти деяния совершены тем же правонарушителем или другими лицами. Палата может вывести геноцидное намерение того или иного деяния из таких других факторов, как масштабы совершенных зверств, их общий характер, их совершение в каком-либо районе или стране, а также на основе факта намеренного и систематического совершения таких деяний в отношении жертв по признаку их принадлежности к той или иной конкретной группе, не трогая при этом членов других групп".

61. На основе всех выдвинутых против него обвинений, включая попустительство актам сексуального насилия и/или подстрекательство к ним, но не только этого, Жан-Поль Акайесо был признан виновным в совершении геноцида, а также прямом и публичном подстрекательстве к геноциду.

62. Статья 6 Римского статута запрещает геноцид, который определяется так же, как и в Конвенции против геноцида. Аналогичными являются деяния, которые потенциально могут представлять собой геноцид. Что касается "серьезного телесного или психического ущерба, причиненного одному человеку или группе лиц", то в докладе Подготовительной комиссии ясно говорится, что "такое поведение может включать в себя пытки, изнасилования, сексуальное насилие или бесчеловечное или унижающее достоинство обращение, но не ограничивается ими". Смысл других потенциальных актов геноцида не прояснен в том, что касается их применимости к категориям сексуального насилия. В частности, ничего не говорится о том, можно ли считать, что применение мер, рассчитанных на предотвращение деторождения в данной группе, можно распространять на женщин, которые решают не рожать в результате совершенного над ними сексуального насилия или которые физически не могут рожать в результате того, что были подвергнуты сексуальному насилию.

63. Подготовительная комиссия добавила один контекстуальный элемент к своему определению преступления. В любом случае необходимо продемонстрировать, что "это деяние имело место в контексте явной линии аналогичного поведения, направленного против этой группы, или явилось поведением, которое само по себе могло привести к такому уничтожению".

D. Заключение

64. Если сессионная рабочая группа по вопросу об отправлении правосудия пожелает продолжить изучение вопросов, касающихся преступлений, связанных с сексуальным насилием, то было бы полезно определить, следует ли ограничивать внимание делами, подпадающими под рамки международного уголовного права, или же она также желает рассмотреть порядок решения таких вопросов в рамках национальных уголовно-правовых систем, с тем чтобы собрать информацию о надлежащей и несоответствующей практике.

65. Как представляется, здесь возникают два отдельных вопроса. О первом говорилось в предыдущем пункте: порядок рассмотрения вопросов, связанных с сексуальным насилием в целом, в национальных уголовно-правовых системах. Если продолжить его изучение, то будет необходимо определить, охватывает ли данный вопрос детей наряду со взрослыми и следует ли рассматривать порнографию и сексуальное рабство, как это определяется в докладе г-жи Макдугалл, в качестве форм сексуального насилия.

66. Вторая проблема конкретно связана с международными преступлениями, подпадающими под юрисдикцию МУС. Рабочая группа уже решила изучить вопрос о международном уголовном праве на пятьдесят шестой сессии Подкомиссии. Не ясно,

идет ли речь только о преступлениях, подпадающих под сферу компетенции МУС, или же она намерена рассматривать международное уголовное право в более широком контексте. Включает ли это международное или региональное судебное сотрудничество - по крайней мере в том, что касается международных преступлений? В этом контексте уместны некоторые из вопросов, которые поднимались в настоящем докладе, в частности проблема обеспечения того, чтобы внутреннее уголовное право участников Римского статута соответствовало Статуту не только с точки зрения формы, но также и содержания. Другие доклады, представленные в контексте дискуссии по вопросу о международном уголовном праве, также вполне могут содержать предложения для принятия мер или дальнейшего рассмотрения. Рекомендации, изложенные г-жой Макдугалл в ее докладе, также необходимо рассматривать в этом контексте. Представляется вероятным, что в ходе пятьдесят шестой сессии рабочей группе будет необходимо рассмотреть вопрос о том, следует ли продолжать сбор информации по проблемам права прав человека, возникающим в результате последних изменений в международном уголовном праве, или принять план работы, рассматривая конкретные проблемы на индивидуальной основе.

Примечания

¹ Update to the final report submitted by Ms. Gay J. McDougall, Special Rapporteur on systematic rape, sexual slavery and slavery-like practices during armed conflict (E/CN.4/Sub.2/2000/21), paras. 10-19. The principal focus of that report was sexual slavery and slavery-like practices. The focus of the present report is sexual violence.

² Ibid., paras. 20-21.

³ “DR Congo’s shameful sex secret: young refugees sell their bodies to UN peacekeepers”, Kate Holt, BBC, 3 June 2004 (<http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/africa/3769469.stm>); “Sudanese tell of mass rape”, Alexis Masciarelli and Ilona Eveleens, BBC, 10 June 2004 (<http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/africa/3791713.stm>).

⁴ See Ms. McDougall’s report, op. cit. (see note 1 above), paras. 44-67.

⁵ Ibid., paras. 23-43.

⁶ Ibid., para. 42.

⁷ Ibid., para. 83.

⁸ I should like to thank Michael Duttwiler and Maurice Voyaume for research assistance with the case law of the two ad hoc tribunals.

⁹ *Furundžija* (IT-95-17/1), “Lasva River Valley”, judgement of Trial Chamber II, 10 December 1998, para. 175.

¹⁰ See also *Mucic et al.* (IT-96-21), “Celebici”, Trial Chamber II, judgement of 16 November 1998, which was concerned principally with the circumstances in which rape can be charged as torture. It did not focus on the definition of rape but simply endorsed the approach of ICTR in *Akayesu* (see note 11 below).

¹¹ *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Trial Chamber I, 2 September 1998.

¹² *Ibid.*, paras. 597-598.

¹³ *Furundžija*, *op. cit.* (see note 9 above), para. 179; see para. 180 for variations in domestic laws discussed by the Court.

¹⁴ *Ibid.*, para. 174.

¹⁵ *Ranko Cesic* (IT-95-10/1), “Brcko”, Trial Chamber I, Sentencing judgement of 11 March 2004. The issue before the Court was whether the particularly severe humiliation was an aggravating element which should be taken into account when sentencing. The Court determined that, where the charge was humiliating and degrading treatment, the humiliation was not an aggravating element because it is part of the charge. It is not, however, explicitly an element of the crime of rape, even though it is an inherent feature of rape. It can, therefore, be treated as an aggravating element in the sentencing for rape. Two elements were seen as aggravating the humiliation: the fact that the men were brothers and the fact that others were watching. See also *Mucic et al.*, *op. cit.* (see note 10 above).

¹⁶ *Furundžija*, *op. cit.* (see note 9 above), paras. 182-184. International humanitarian law and human rights law are based on protecting human dignity. Such assaults are a “most humiliating and degrading attack upon human dignity”. “... [S]o long as an accused, who is convicted of rape for acts of forcible oral penetration, is sentenced on the factual basis of coercive oral sex - and sentenced in accordance with the sentencing practice in the former Yugoslavia for such crimes, pursuant to Article 24 of the Statute and Rule 101 of the Rules - then he is not adversely affected by the categorization of forced oral sex as rape rather than as sexual assault. His only complaint can be that a greater stigma attaches to being a convicted rapist rather than a convicted sexual assailant. However, one should bear in mind the remarks above to the effect that forced oral sex can be just as humiliating and traumatic for a victim as vaginal or anal penetration. Thus the notion that a greater stigma attaches to a conviction for forcible vaginal or anal penetration than to a conviction for forcible oral penetration is a product of questionable attitudes. Moreover, any such concern is amply outweighed by the fundamental principle of protecting human dignity, a principle which favours broadening the definition of rape”. (*ibid.*, para. 184).

¹⁷ *Ibid.*, para. 185.

¹⁸ *Kunarac et al.* (IT-96-22 and IT-96-23/1), judgement of Trial Chamber II, 22 February 2001.

¹⁹ *Ibid.*, para. 442.

²⁰ Ibid., paras. 440-441.

²¹ *Furundžija*, op. cit. (see note 9 above), para. 185.

²² *Kunarac...*, judgement of the Appeals Chamber, 12 June 2002, paras. 125 and 128.

²³ Ibid., para. 129.

²⁴ Ibid, paras. 132-133. There is an analogy with the approach taken by certain human rights bodies dealing with allegations of torture. Where, for example, a detainee is uninjured at the time of detention but is injured at the time of release, the European Court of Human Rights puts the burden of proof on the respondent Government to provide a plausible explanation as to how the applicant sustained the injuries. If no explanation is forthcoming or if it is not regarded as plausible in the circumstances of the case, the State will be found responsible for some form of ill-treatment. See European Court of Human Rights, *Tomasi v. France*, judgement of 27 August 1992 and *Ribitsch v. Austria*, judgement of 4 December 1995.

²⁵ *Stakic* (IT-97-24) “Prijedor”, Trial Chamber II, judgement of 31 July 2003.

²⁶ The Statute also refers to concepts such as “inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health” (art. 7, subpara. k), under which rape could also be charged; see, generally, the next section.

²⁷ Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court, Part II (Finalized draft text of the Elements of Crimes) (PCNICC/2000/1/Add.2). The concept of “invasion” is intended to be broad enough to be gender-neutral. As concerns the notion of consent, it is understood that a person may be incapable of giving genuine consent if affected by natural, induced or age-related incapacity. This also applies to other relevant provisions of article 7.

²⁸ *Akayesu* (see note 11 above), paras. 598 and 688.

²⁹ See *ibid.*, paras. 692-694 and 697.

³⁰ See, for example, *Kunarac et al.* (see note 18 above), paras. 470-496.

³¹ *Delalic*, see *Mucic et al.* (note 10 above); *Aleksovski* (IT-95-14/1) “Lasva Valley”, Trial Chamber I, judgement of 25 June 1999.

³² *Kunarac et al.* (see note 18 above), para. 497.

³³ Ibid., para. 501.

³⁴ Ibid., para. 514.

³⁵ *Kunarac ...* (see note 22 above), para. 162.

³⁶ *Furundžija* (see note 9 above), para. 168.

³⁷ *Ibid.*, para. 169. See also *Mucic et al.* (see note 10 above), paras. 476-477.

³⁸ *Ibid.*, para. 186.

³⁹ Report of the Preparatory Commission ... (see note 27 above).

⁴⁰ European Court of Human Rights, *X and Y v. the Netherlands*, judgement of 26 March 1985.

⁴¹ See para. 8 above.

⁴² See Ms. McDougall's report, *op cit.* (see note 1 above), para. 34.

⁴³ Para. 483 of the judgement; see also note 32 above.

⁴⁴ *Ibid.*, para. 486.

⁴⁵ Para. 137 of the appeals judgement (see above).

⁴⁶ *Ibid.*, para. 155.

⁴⁷ *Ibid.*, para. 151.

⁴⁸ *Ibid.*, paras. 496-497.

⁴⁹ See, in particular, paras. 159-164.

⁵⁰ See, for example, *Kvočka et al.* (IT-98-30/1), "Omarska and Keraterm camp", judgement of 2 November 2001, para. 145.

⁵¹ *Ibid.*, para. 149.

⁵² See para. 34 above.

⁵³ "...enslavement as a crime against humanity in customary international law consisted of the exercise of any or all of the powers attaching to the right of ownership over a person. Thus, the Trial Chamber finds that the *actus reus* of the violation is the exercise of any or all of the powers attaching to the right of ownership over a person. The *mens rea* of the violation consists in the intentional exercise of such powers. [...] Under this definition, indications of enslavement include elements of control and ownership; the restriction or control of an individual's autonomy, freedom of choice or freedom of movement; and, often, the accruing of some gain to the perpetrator. The consent or free will of the victim is absent. It is often rendered impossible or irrelevant by, for example, the threat or use of force or other forms of coercion; the fear of violence, deception or false promises; the abuse of power; the victim's position of vulnerability; detention or captivity, psychological oppression or socio-economic conditions. Further

indications of enslavement include exploitation; the exaction of forced or compulsory labour or service, often without remuneration and often, though not necessarily, involving physical hardship; sex; prostitution; and human trafficking. [...] The ‘acquisition’ or ‘disposal’ of someone for monetary or other compensation, is not a requirement for enslavement. Doing so, however, is a prime example of the exercise of the right of ownership over someone. The duration of the suspected exercise of powers attaching to the right of ownership is another factor that may be considered when determining whether someone was enslaved; however, its importance in any given case will depend on the existence of other indications of enslavement. Detaining or keeping someone in captivity, without more, would, depending on the circumstances of a case, usually not constitute enslavement” (paras. 539-542 of the judgement).

⁵⁴ *Tadic*, Appeal Chamber (IT-94-1) “Prijedor”, 15 July 1999, para. 271.

⁵⁵ *Ibid.*, paras. 284 and 292. Ms. McDougall, *op. cit.*, with regard to article 7 of the Rome Statute, states in her report: “It is particularly noteworthy that article 7 (1) (h), in stating that ‘[p]ersecution against any identifiable group or collectivity’ may constitute a crime against humanity, includes gender among the grounds for persecution ‘that are universally recognized as impermissible under international law’.” This recognition of gender as an individual and collective identity which, like race, ethnicity and religion, is capable of being targeted for persecution, and thus merits specific protection under international law, is an explicit articulation of what has been an obvious omission in earlier codifications and formal definitions of crimes against humanity” (para. 31).

⁵⁶ *Akayesu* (note 11 above), paras. 580-581.

⁵⁷ The acts referred to include enslavement, torture, “rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any other form of sexual violence of comparable gravity”, “persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender ... grounds” and “other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health”. The inclusion of apartheid in the list may suggest that an attack does not need to be violent in nature, as indicated by ICTR.

⁵⁸ *Report of the Preparatory Commission ...* (see note 27 above).

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Tadic* (note 55 above), paras. 83-145.

⁶¹ Ms. McDougall’s report, *op cit.* (see note 1 above), para. 30.

⁶² *Report of the Preparatory Commission ...* (see note 27 above). Every war crime defined in the elements of the crime.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ The definition of genocide in article 2 of the Statute of the ICTR comes verbatim from articles 2 and 3 of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide.

⁶⁵ As discussed by ICTY in *Kunarac et al.*; see note 53 above.

⁶⁶ This is a requirement of the Convention on Genocide, the Statute of ICTR and the Rome Statute.
