



Генеральная Ассамблея

Distr.: General

21 January 2016

Russian

Original: English

Комиссия международного права

Шестидесят восьмая сессия

Женева, 2 мая — 10 июня и 4 июля — 12 августа 2016 года

Второй доклад о преступлениях против человечности**Специальный докладчик: Шон Д. Мерфи***

Содержание

	<i>Стр.</i>
Многосторонние документы, процитированные в настоящем докладе	3
Труды, процитированные в настоящем докладе	6
Введение	13
A. Прделанная на сегодняшний день работа по данной теме	13
B. Прения в Шестом комитете в 2015 году	13
C. Цель и структура настоящего доклада	16
I. Криминализация согласно национальному законодательству	18
A. Преступления против человечности в национальном законодательстве	20
B. Существующие договоры, обязывающие государства криминализировать деяния в национальном законодательстве	22
C. Совершение преступления, покушение на совершение преступления или участие в преступлении	26

* Специальный докладчик хотел бы выразить благодарность Эрве Асенсио, Олимпии Беку, Саре Бессел, Артуро Карийо, Хансу Кореллу, Анне Динельт, Саре Фрейден, Беатрисе Гатти, Ренье Хюле, Флориану Йесберггеру, Вольфгангу Калеку, Грегори Кехое, Лоран Кестер, Норе Мбагати, Анализе Нельсон, Робберу Пети, Матевжу Пездирцу, Юго Рельве, Кристиану Ритчеру, Лейле Садат, Гербу Сомерсу, Дженнифер Саммервиль, Джюли Тенебаум, Кристине Ван ден Вингерт, Зельде Вассар, Лауре Уитерс, Международной академии Нюрнбергских принципов и участникам международного семинара по правам человека, проведенного школой права Университета им. Джорджа Вашингтона, за их неоценимую помощь в подготовке настоящего доклада.



D.	Ответственность командиров или других начальников	36
E.	Приказы начальника	42
F.	Срок давности	46
G.	Соответствующие меры наказания	53
H.	Проект статьи 5. Криминализация согласно национальному законодательству	58
II.	Установление национальной юрисдикции	59
A.	Типы национальной юрисдикции в отношении преступлений	61
B.	Неисключение другой национальной юрисдикции	76
C.	Проект статьи 6. Установление национальной юрисдикции	77
III.	Общее расследование и сотрудничество в целях выявления предполагаемых преступников	77
	Проект статьи 7. Общее расследование и сотрудничество в целях выявления предполагаемых преступников	83
IV.	Осуществление национальной юрисдикции в условиях пребывания предполагаемого преступника	83
A.	Проведение предварительного расследования	85
B.	Обеспечение дальнейшего пребывания	87
C.	Уведомление других заинтересованных государств	90
D.	Проект статьи 8. Осуществление национальной юрисдикции в условиях пребывания предполагаемого преступника	91
V.	Aut dedere aut judicare.	92
	Проект статьи 9. Aut dedere aut judicare	102
VI.	Справедливое обращение с предполагаемым преступником	103
A.	Справедливое обращение	107
B.	Справедливое судебное разбирательство	110
C.	Полная защита прав человека	118
D.	Сношение с государством гражданства или другим соответствующим государством	119
E.	Проект статьи 10. Справедливое обращение с предполагаемым преступником	121
VII.	Будущая программа работы	122
Приложения		
I.	Проекты статей, принятые в предварительном порядке Комиссией на ее шестьдесят седьмой сессии	123
II.	Проекты статей, предлагаемые во втором докладе	126

Многосторонние документы, процитированные в настоящем докладе

Привилегии и иммунитеты, дипломатические и консульские сношения и т.д.

Венская конвенция о консульских сношениях (Вена, 24 апреля 1963 года)

United Nations, *Treaty Series*, vol. 596, No. 8638, p. 261.

Права человека

Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (Париж, 9 декабря 1948 года)

United Nations, *Treaty Series*, vol. 78, No. 1021, p. 277.

Конвенция о защите прав человека и основных свобод (Европейская конвенция о правах человека) (Рим, 4 ноября 1950 года)

Ibid., vol. 213, No. 2889, p. 221.

Международный пакт о гражданских и политических правах (Нью-Йорк, 16 декабря 1966 года)

Ibid., vol. 999, No. 14668, p. 171.

Американская конвенция по правам человека: «Пакт Сан-Хосе, Коста-Рика» (Сан-Хосе, 22 ноября 1969 года)

Ibid., vol. 1144, No. 17955, p. 123.

Международная конвенция о пресечении преступления апартеида и наказании за него (Нью-Йорк, 30 ноября 1973 года)

Ibid., vol. 1015, No. 14861, p. 243.

Африканская хартия прав человека и народов (Найроби, 27 июня 1981 года)

Ibid., vol. 1520, No. 26363, p. 217.

Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (Нью-Йорк, 10 декабря 1984 года)

Ibid., vol. 1465, No. 24841, p. 85.

Межамериканская конвенция о предупреждении пыток и наказании за них (Картахена-де-Индиас, 9 декабря 1985 года)

OAS, *Treaty Series*, No. 67.

Конвенция о правах ребенка (Нью-Йорк, 20 ноября 1989 года)

United Nations, *Treaty Series*, vol. 577, No. 27531, p. 3.

Факультативный протокол к Конвенции о правах ребенка, касающегося торговли детьми, детской проституции и детской порнографии (Нью-Йорк, 25 мая 2000 года)

Ibid., vol. 2171, No. 27531, p. 227.

Межамериканская конвенция о насильственном исчезновении лиц (Белен (Пара), 9 июня 1994 года)

OAS, *Treaty Series*, No. 60.

Хартия Европейского союза по правам человека (Ницца, 7 декабря 2000 года)

Official Journal of the European Communities, No. C 364, 18 December 2000, p. 1.

Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений (Нью-Йорк, 20 декабря 2006 года)

Official Records of the General Assembly, Sixty-First Session, Supplement No. 49 (A/61/49), vol. I, resolution 61/177, Annex.

Конвенции Совета Европы о предотвращении и борьбе с насилием в отношении женщин и домашним насилием (Стамбул, 11 мая 2011 года)

Council of Europe, *European Treaty Series*, No. 210.

Наркотические средства и психотропные вещества

Конвенция Организации Объединенных Наций о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ (Вена, 20 декабря 1988 года)

United Nations, *Treaty Series*, vol. 1582, No. 27627, p. 95.

Транспорт и связь

Конвенция о борьбе с незаконным захватом воздушных судов (Гаага, 16 декабря 1970 года)

United Nations, *Treaty Series*, vol. 860, No. 12325, p. 105.

Конвенции о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации (Монреаль, 23 сентября 1971 года)

Ibid., vol. 974, No. 14118, p. 177.

Протокол о борьбе с незаконными актами насилия в аэропортах, обслуживающих международную гражданскую авиацию, дополняющий Конвенцию о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации (Монреаль, 24 февраля 1988 года)

Ibid., vol. 1589, No. 14118, p. 474.

Уголовные вопросы

Международная конвенция по борьбе с подделкой денежных знаков (Женева, 20 апреля 1929 года)

League of Nations, *Treaty Series*, vol. CXII, No. 2623, p. 112.

Соглашение о судебном преследовании и наказании главных военных преступников европейских стран оси, Устав Международного Военного Трибунала («Нюрнбергский устав») (Лондон, 8 августа 1945 года)

D. Schindler and J. Toman, *The Laws of Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff, 1988, pp. 912–919.

Устав Международного Военного Трибунала для Дальнего Востока (с поправками, внесенными 26 апреля 1946 года) (Токио, 19 января 1946 года)

Charles I. Bevans, ed., *Treaties and Other International Agreements of the United States of America 1776–1979*, vol. IV (1946–1949), Washington D.C., Department of State Publications, p. 20.

Конвенции о неприменимости срока давности к военным преступлениям и преступлениям против человечества (Нью-Йорк, 26 ноября 1968 года)

United Nations, *Treaty Series*, vol. 754, No. 10823, p. 73.

Конвенция о предупреждении и наказании за совершение актов терроризма, принимающих форму преступлений против лиц и связанного с этим вымогательства, когда эти акты носят международный характер (Вашингтон, 2 февраля 1971 года)

Ibid., vol. 1438, No. 24381, p. 194.

Конвенция о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов (Нью-Йорк, 14 декабря 1973 года)

Ibid., vol. 1035, No. 15410, p. 167.

Европейская конвенция о неприменимости срока давности к преступлениям против человечества и военным преступлениям (Страсбург, 25 января 1974 года)

Council of Europe, *European Treaty Series*, No. 82.

Европейская конвенция о пресечении терроризма (Страсбург, 27 января 1977 года)

United Nations, *Treaty Series*, vol. 1137, No. 17828, p. 93.

Конвенция Организации африканского единства о ликвидации наемничества в Африке (Либревиль, 3 июля 1977 года)

Ibid., vol. 1490, No. 25573, p. 89.

Международная конвенция о борьбе с захватом заложников (Нью-Йорк, 17 декабря 1979 года)

Ibid., vol. 1316, No. 21931, p. 205.

Региональная конвенция СААРК [Ассоциации регионального сотрудничества стран Южной Азии] о пресечении терроризма (Катманду, 4 ноября 1987 года)

Имеется по адресу saarc-sec.org.

Международная конвенция о борьбе с вербовкой, использованием, финансированием и обучением наемников (Нью-Йорк, 4 декабря 1989 года)

United Nations, *Treaty Series*, vol. 163, No. 37789, p. 75.

Межамериканская конвенция о международной торговле несовершеннолетними (Мехико, 18 марта 1994 года)

OAS, *Treaty Series*, No. 57.

Конвенция о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала (Нью-Йорк, 9 декабря 1994 года)

United Nations, *Treaty Series*, vol. 2051, No. 35457, p. 363.

Межамериканская конвенция о борьбе с коррупцией (Каракас, 29 марта 1996 года)	Документ E/1996/99.
Второй протокол, составленный на основе статьи К.3 договора о Европейском союзе, к Конвенции о защите финансовых интересов Европейских сообществ (Люксембург, 19 июля 1997 года)	<i>Official Journal of the European Communities</i> , No. C 221 of 19 July 1997, annex, p. 12.
Межамериканская конвенция о борьбе с незаконным производством и оборотом огнестрельного оружия, боеприпасов, взрывчатых веществ и других связанных с ними материалов (Вашингтон, 14 ноября 1997 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 2029, No. 35005, p. 55.
Международная конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом (Нью-Йорк, 15 декабря 1997 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 2149, No. 37517, p. 256.
Арабская конвенция о борьбе с терроризмом (Каир, 22 апреля 1998 года)	Имеется по адресу www.unodc.org/tldb/pdf/conv_arab_terrorism.en.pdf .
Римский статут Международного уголовного суда (Рим, 17 июля 1998 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 2187, No. 38544, p. 3.
Конвенции об уголовной ответственности за коррупцию (Страсбург, 27 января 1999 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 2216, No. 39391, p. 225.
Конвенции по борьбе с подкупом иностранных должностных лиц при осуществлении международных коммерческих сделок (Париж, 15 февраля 1999 года)	Имеется по адресу www.oecd.org .
Конвенция Организации Исламская конференция о борьбе с международным терроризмом (Уагадугу, 1 июля 1999 года)	<i>International Instruments related to the Prevention and Suppression of International Terrorism</i> , United Nations publication (Sales No. E.08.V.2), p. 204.
Конвенция ОАЕ о предупреждении терроризма и борьбе с ним, 1999 год (Алжир, 14 июля 1999 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 2219, No. 39464, p. 179.
Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма (Нью-Йорк, 9 декабря 1999 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 2178, No. 38349, p. 197
Конвенция Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности (Нью-Йорк, 15 ноября 2000 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 2225, No. 39574, p. 209.
Конвенция о киберпреступности (Будапешт, 23 ноября 2001 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 2296, No. 40916, p. 167.
Конвенция Африканского союза о предупреждении и пресечении коррупции (Мапуту, 11 июля 2003 года)	ILM, vol. 43, No. 1 (January 2004), p. 5.
Международная конвенция о борьбе с актами ядерного терроризма (Нью-Йорк, 13 апреля 2005 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 2445, No. 44004, p. 89.
Конвенция Совета Европы о предупреждении терроризма (Варшава, 16 мая 2005 года)	Council of Europe, <i>European Treaty Series</i> , No. 196.
Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции (Нью-Йорк, 14 декабря 2005 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 2349, No. 42146, p. 41.
Конвенции Совета Европы о противодействии торговле людьми (Варшава, 16 мая 2005 года)	Council of Europe, <i>European Treaty Series</i> , No. 197.
Конвенция АСЕАН о противодействии терроризму (Себу, 13 января 2007 года)	Имеется по адресу asean.org .

Право, применимое в период вооруженного конфликта

Женевские конвенции о защите жертв войны (Женева, 12 августа 1949 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 75, Nos. 970–973, p. 31.
Женевская конвенция об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях (Конвенция I) (Женева, 12 августа 1949 года)	<i>Ibid.</i> , No. 970, pp. 31 <i>et seq.</i>
Женевская конвенция об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море (Конвенция II) (Женева, 12 августа 1949 года)	<i>Ibid.</i> , No. 971, pp. 85 <i>et seq.</i>
Женевская конвенция об обращении с военнопленными (Конвенция III) (Женева, 12 августа 1949 года)	<i>Ibid.</i> , No. 972, pp. 135 <i>et seq.</i>
Женевская конвенция о защите гражданского населения во время войны (Конвенция IV) (Женева, 12 августа 1949 года)	<i>Ibid.</i> , No. 973, pp. 287 <i>et seq.</i>
Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I) (Женева, 8 июня 1977 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1125, No. 17512, p. 3.
Второй протокол к Гаагской конвенции о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта (Гаага, 26 марта 1999 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 2253, No. 3511, p. 172.

Морское право

Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства (Рим, 10 марта 1988 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 1678, No. 29004, p. 221.
---	--

Право международных договоров

Венская конвенция о праве международных договоров (Вена, 23 мая 1969 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 1155, No. 18232, p. 331.
--	--

Окружающая среда

Конвенция о физической защите ядерного материала (Вена, 26 октября 1979 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 1456, No. 24631, p. 101.
Базельская конвенция о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением (Базель, 22 марта 1989 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1673, No. 28911, p. 57.

* * *

Труды, процитированные в настоящем докладе

AKHAVAN, Payam

“The universal repression of crimes against humanity before national jurisdictions: the need for a treaty-based obligation to prosecute”, in Leila Nadya Sadat, ed., *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, Cambridge University Press, 2011, pp. 28–42.

AMANN, Diane Marie

“Capital punishment: corporate criminal liability for gross violations human rights”, *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 24, No. 3 (Spring 2001), pp. 327–337.

AMBOS, Kai

Treatise on International Criminal Law, vol. I: Foundations and General Part, Oxford University Press, 2013, 520 p.

“Article 25: individual criminal responsibility,” in Otto Triffterer, ed., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers’ Notes, Article by Article*, Munich, C. H. Beck, 2d ed. 2008, 1954 p.

AMNESTY INTERNATIONAL

Fair Trial Manual, 2nd ed., 2014, London, Amnesty International Publications, available from www.amnesty.org/en/documents/POL30/002/2014/en/, 254 p.

BAIR, Johann

The International Covenant on Civil and Political Rights and its (First) Optional Protocol: a Short Commentary Based on Views, General Comments, and Concluding Observations by the Human Rights Committee, Frankfurt, Peter Lang, 2005, 212 p.

BANTEKAS, Ilias

International Criminal Law, Oxford, Hart Publishing, 2010, 666 p.

“The contemporary law of superior responsibility,” *American Journal of International Law*, vol. 93, No. 3 (1999), pp. 573–595.

BASSIOUNI, M. Cherif, ed.

International Criminal Law: International Enforcement, vol. III, 3rd ed., Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, 722 p.

BASSIOUNI, M. Cherif and Edward M. Wise

Aut Dedere Aut Judicare: the Duty to Extradite or Prosecute in International Law, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995.

BERGSMO, Morten, Mads Harlem and Nobuo Hayashi, eds.

Importing Core International Crimes into National Law, 2nd ed., Oslo, Tokel Opsahl Academic EPublisher, 2010.

Bossuyt, Marc J.

Guide to the “Travaux Préparatoires” of the International Covenant on Civil and Political Rights, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1987, 851 p.

BRICKEY, Kathleen F.

“Corporate criminal accountability: a brief history and an observation,” *Washington University Law Review*, vol. 60, No. 2 (1982), pp. 393–423.

BROWN, Bartram S.

“International criminal law: nature, origins and a few key issues,” in Bartram S. Brown, ed., *Research Handbook on International Criminal Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2011, pp. 3–16.

BROWNLIE, Ian

Principles of Public International Law, 7th ed., Oxford University Press, 2008.

BURGERS, J. Herman and Hans Danelius

The United Nations Convention against Torture: a Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988, 272 p.

BUSH, Jonathan A.

“The prehistory of corporations and conspiracy in international criminal corporations law: what Nuremberg really said”, *Columbia Law Review*, vol. 109, No. 5 (June 2009), pp. 1094–1262.

CASSESE, Antonio

International Law, 2nd ed., Oxford University Press, 2005, 612 p.

CASSESE, Antonio et al.

International Criminal Law: Cases and Commentary, Oxford University Press, 2011, 600 p.

CLAPHAM, Andrew

Brierly's Law of Nations: an Introduction to the Role of International Law in International Relations, 7th ed., Oxford University Press, 2012, 576 p.

“Extending international criminal law beyond the individual to corporations and armed opposition groups”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, No. 5 (November 2008), pp. 899–926.

COSTELLO, Declan

“International terrorism and the development of the principle aut dedere aut judicare”, *The Journal of International Law and Economics*, vol. 10, Nos. 2–3 (August–December 1975), pp. 483–501.

COUTURIER, Gérard

“Répartition des responsabilités entre personnes morales et personnes physiques”, *Revue des sociétés*, vol. 111 (April 1993), pp. 307–314.

CRAWFORD, James

Brownlie's Principles of Public International Law, 8th ed., Oxford University Press, 2012, 888 p.

CRYER, Robert

"International criminal law", in Malcolm David Evans, ed., *International Law*, 4th ed., Oxford University Press, 2014, pp. 752–782.

CRYER, Robert et al.

An Introduction to International Criminal Law and Procedure, 3rd ed., Cambridge University Press, 2014, 616 p.

DAMAŠKA, Mirjan

"The shadow side of command responsibility," *The American Journal of Comparative Law*, vol. 49, No. 3 (Summer 2001), pp. 455–496.

D'AMATO, Anthony

"National prosecution for international crimes," in M. Cherif Bassiouni, ed., *International Criminal Law: International Enforcement*, vol. III, 3rd ed., Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 288–296.

DE DOELDER, Hans and Klaus Tiedemann, eds.

Criminal Liability of Corporations/La criminalisation du comportement collectif, The Hague, Kluwer Law International, 1996, 420 p.

DOSWALD-BECK, Louise

"Fair trial, right to, international protection", *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. III, Oxford University Press, 2013, pp. 1104–1112.

DUPUY, Pierre-Marie and Yann Kerbrat

Droit International Public, 12th ed., Dalloz, 2012, 960 p.

ESER, Albin et al., eds.

National Prosecution of International Crimes (2003–2007), available from www.mpicc.de/en/forschung/forschungsarbeit/strafrecht/nationale_strafverfolgung.html.

FERSTMAN, Carla J.

"Domestic trials for genocide and crimes against humanity: the example of Rwanda", *African Journal of International and Comparative Law*, vol. 9 (1997), pp. 857–877.

FINNIN, Sarah

Elements of Accessorial Modes of Liability: Article 25(3)(b) and (c) of the Rome Statute of the International Criminal Court, Leiden, Martinus Nijhoff, 2012, 234 p.

FISSE, Brent and John Braithwaite

Corporations, Crime and Accountability, Cambridge University Press, 1993, 279 p.

GAETA, Paola

"The defence of superior orders: the Statute of the International Criminal Court versus customary international law", *European Journal of International Law*, vol. 10 (1999), pp. 172–191.

GARCÍA FALCONÍ, Ramiro

"The codification of crimes against humanity in the domestic legislation of Latin American States", *International Criminal Law Review*, vol. 10 (2010), pp. 453–459.

GOBERT, James and Ana-Maria Pascal, eds.

European Developments in Corporate Criminal Liability, London, Routledge, 2011, 384 p.

GUILLAUME, Gilbert

"Terrorisme et droit international", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 215 (1989-III), Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1990, pp. 290–371.

THE HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION

"Developments in the law—international criminal law: V. Corporate liability for violations of international human rights law," *Harvard Law Review*, vol. 114, No. 7 (May 2001), pp. 2025–2048.

HASNAS, John

“The centenary of a mistake: one hundred years of corporate criminal liability”, *American Criminal Law Review*, vol. 46 (2009), pp. 1329–1358.

HELLER, Kevin Jon

The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law, Oxford University Press, 2011, 509 p.

HOOD, Roger and Caroline Hoyle

The Death Penalty: a Worldwide Perspective, 5th ed., Oxford University Press, 2015.

INGELSE, Chris

The UN Committee against Torture: an Assessment, The Hague, Kluwer Law International, 2001, 464 p.

INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS

Military Jurisdiction and International Law: Military Courts and Gross Human Rights Violations, vol. 1 (2004), available from icj.wplengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2004/01/Military-jurisdiction-publication-2004.pdf.

INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS CLINIC, THE GEORGE WASHINGTON UNIVERSITY LAW SCHOOL

Comparative Law Study and Analysis of National Legislation Relating to Crimes against Humanity and Extraterritorial Jurisdiction, 2013, 128 p., updated and reprinted in part in A. J. Carrillo and A. K. Nelson, “Comparative law study and analysis of national legislation relating to crimes against humanity and extraterritorial jurisdiction”, *The George Washington International Law Review*, vol. 46 (2014), pp. 481–530.

INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL

“Judicial decisions: International Military Tribunal (Nuremberg), Judgment and Sentences, October 1, 1946, Judgment”, *American Journal of International Law*, vol. 41 (1947), pp. 172–333.

IRELAND-PIPER, Danielle

“Prosecutions of extraterritorial criminal conduct and the abuse of rights doctrine”, *Utrecht Law Review*, vol. 9, No. 4 (September 2013), pp. 68–89.

JAIN, Neha

Perpetrators and Accessories in International Criminal Law: Individual Modes of Responsibility for Collective Crimes, Oxford, Hart Publishing, 2014, 250 p.

JENNINGS Robert and Arthur Watts, eds.

Oppenheim's International Law, vol. I: Peace, 9th ed., Oxford University Press, 1992.

KELLY, Michael J.

“Grafting the command responsibility doctrine onto corporate criminal liability for atrocities”, *Emory International Law Review*, vol. 24, No. 2 (2010), pp. 671–696.

KOK, Ruth A.

Statutory Limitations in International Criminal Law, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2007, 440 p.

KYRIAKAKIS, Joanna

“Prosecuting corporations for international crimes: the role for domestic criminal law,” in Larry May and Zachary Hoskins, eds., *International Criminal Law and Philosophy*, Cambridge University Press, 2010, pp. 108–137.

“Corporate criminal liability and the ICC Statute: the comparative law challenge”, *Netherlands International Law Review*, vol. 56, No. 3 (December 2009), pp. 333–366.

LAEL, Richard L.

The Yamashita Precedent: War Crimes and Command Responsibility, Lanham, Maryland, Rowman and Littlefield, 1982, 177 p.

LAMBERT, Joseph J.

Terrorism and Hostages in International Law: a Commentary on the Hostages Convention 1979, Cambridge, Grotius, 1990, 418 p.

THE LAW LIBRARY OF CONGRESS

Crimes against Humanity Statutes and Criminal Code Provisions in Selected Countries, 2010, available from www.loc.gov/law/help/crimes-against-humanity/index.php.

LEHTIMAJA, LAURI and Matti PELLONPÄÄ

“Article 10”, in Asbjorn Eide, et al., eds., *The Universal Declaration of Human Rights: a Commentary*, Oslo, Scandinavian University Press, 1992, 474 p.

MACEDO, Stephen, ed.

Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2006, 383 p.

MCCLEAN, David

Transnational Organized Crime: a Commentary on the UN Convention and Its Protocols, Oxford University Press, 2007, 512 p.

MITCHELL, Claire

Aut Dedere, aut Judicare: *the Extradite or Prosecute Clause in International Law*, Graduate Institute Publications, 2009, available from books.openedition.org/iheid/301#tocto2n4.

NAQVI, Yasmin Q.

Impediments to Exercising Jurisdiction over International Crimes, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2010, 418 p.

NOWAK, Manfred

“Dignity and physical integrity: legal controversies relating to torture”, in Klaus Slavensky, ed., *Implementing Human Rights: Essays in Honour of Morten Kjaerum*, Danish Institute for Human Rights, 2007, pp. 233–256.

NOWAK, Manfred and Elizabeth McArthur

The United Nations Convention against Torture: a Commentary, Oxford University Press, 2008, 1,680 p.

ODENDAHL, Kerstin

“Article 28. Non-retroactivity of treaties”, in Oliver Dörr and Kirsten Schmalenbach, eds., *Vienna Convention on the Law of Treaties: a Commentary*, Berlin, Springer, 2012, pp. 477–487.

Ohlin, Jens David

“Three conceptual problems with the doctrine of joint criminal enterprise”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, No. 1 (March 2007), pp. 69–90.

O’KEEFE, Roger

International Criminal Law, Oxford University Press, 2015, 688 p.

PICTET, JEAN, ed.

Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949, vol. I: Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, Geneva, ICRC, 1952, 466 p.

PIETH, Mark and Radha IVORY, eds.

Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence, and Risk, Dordrecht, Springer, 2011, 396 p.

RAMASASTRY, Anita and Robert C. THOMPSON

Commerce, Crime and Conflict: Legal Remedies for Private Sector Liability for Grave Breaches of International Law: a Survey of Sixteen Countries, Oslo, Fafo, 2006, executive summary available from www.faoarkiv.no/pub/rapp/536/536.pdf.

REYDAMS, Luc

Universal Jurisdiction: International and Municipal Perspectives, Oxford University Press, 2003, 258 p.

RONEN, Yaël

“Superior responsibility of civilians for international crimes committed in civilian settings”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 43 (2010), pp. 313–356.

SAUL, Ben

“The implementation of the Genocide Convention at the national level,” in Paola Gaeta, ed., *The UN Genocide Convention: a Commentary*, Oxford University Press, 2009, pp. 58–83.

SCHABAS, William A.

The International Criminal Court: a Commentary on the Rome Statute, Oxford University Press, 2010, 1,330 p.

Genocide in International Law: the Crime of Crimes, 2nd ed., Cambridge University Press, 2009, 760 p.

“Article 29,” in Otto Triffterer, ed., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers’ Notes, Article by Article*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, pp. 523–526.

“Article 67” in *ibid.*

SCHWARZENBERGER, Georg

International Law, vol. I: International Law as Applied by International Courts and Tribunals, 3rd ed., London, Stevens and Sons Ltd., 1957, 808 p.

SCOVAZZI, Tullio and Gabriella Citroni

The Struggle Against Enforced Disappearance and the 2007 United Nations Convention, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007.

SEN, B.

A Diplomat’s Handbook of International Law and Practice, 3rd rev. ed., Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988, 606 p.

SEPINWALL, Amy J.

“Failures to punish: command responsibility in domestic and international law”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 30, No. 2 (Winter 2009), pp. 251–303.

SHAW, Malcolm N.

International Law, 7th ed., Cambridge University Press, 2014, 981 p.

STAKER, Christopher

“Jurisdiction”, in Malcolm D. Evans, ed., *International Law*, 4th ed., Oxford University Press, 2014, pp. 309–335.

STEWART, James G.

“The turn to corporate criminal liability for international crimes: transcending the Alien Tort Statute”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 47, No. 1 (Fall 2014), pp. 121–206.

“A pragmatic critique of corporate criminal theory: lessons from the extremity”, *New Criminal Law Review*, vol. 16, No. 2 (Spring 2013), pp. 261–299.

“The end of ‘modes of liability’ for international crimes”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 25 (2012), pp. 165–219.

STOITCHKOVA, Desislava

Towards Corporate Liability in International Criminal Law, Antwerp, Intersentia, 2010, 318 p.

THALMANN, Vanessa

“National criminal jurisdiction over genocide”, in Paola Gaeta, ed., *The UN Genocide Convention: a Commentary*, Oxford University Press, 2009, pp. 231–258.

VAN DEN HERIK, Larissa

“The Dutch engagement with the project of international criminal justice”, *Netherlands International Law Review*, vol. 57, No. 2 (August 2010), pp. 303–322.

VAN DER WILT, HARMEN

“Corporate criminal responsibility for international crimes: exploring the possibilities”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 12, No. 1 (2013), pp. 43–77.

“Genocide, complicity in genocide and international v. domestic jurisdiction: reflections on the *van Anraat* case”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, No. 2 (May 2006), pp. 239–257.

VAN DER WOLF, Willem-Jan

Prosecution and Punishment of International Crimes by National Courts, The Hague, International Courts Association, 2011.

VAN SCHAACK, Beth

“Command responsibility: the anatomy of proof in *Romagoza v. Garcia*”, *University of California Davis Law Review*, vol. 26, No. 5 (June 2003), pp. 1213–1259.

VAN SLIEDREGT, Elies

Individual Criminal Responsibility in International Law, Oxford University Press, 2012, 376 p.

VERMEULEN, Gert, Wendy DE BONDT and Charlotte RYCKMAN

Liability in the EU of Legal Persons for Offences, Antwerpen, Maklu, 2012, 201 p.

WEISSBRODT, David and Rüdiger WOLFRUM

The Right to a Fair Trial, Berlin, Springer, 1998.

WELLS, Celia

Corporations and Criminal Responsibility, 2nd ed., Oxford University Press, 2001, 216 p.

WOOD, Michael C.

“The Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 23, No. 4 (1974), pp. 791–817.

ZAPPALÁ, Salvatore

“The rights of the accused”, in Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R. W. D. Jones, eds., *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, vol. II, Oxford University Press, 2002, pp. 1181–1206.

Введение

А. Прделанная на сегодняшний день работа по данной теме

1. На своей шестьдесят шестой сессии в июле 2014 года Комиссия международного права включила тему «Преступления против человечности» в свою текущую программу работы и назначила Специального докладчика¹. На своей шестьдесят седьмой сессии в мае 2015 года Комиссия провела общие прения по первому докладу Специального докладчика, а в июле 2015 года приняла в предварительном порядке четыре проекта статей с комментариями².

В. Прения в Шестом комитете в 2015 году

2. В ходе прений в Шестом комитете в 2015 году 38 государств³ затронули эту тему и высказались в целом положительно в отношении работы Комитета, подчеркнув важность этой темы⁴, приветствовав четыре проекта статей⁵ и выразив мнение о том, что они в значительной мере отражают существующую практику и юриспруденцию государств⁶. В частности, государства высоко оценили то, что рассмотрение этой темы дополняет систему Римского статута Международного уголовного суда⁷, и подчеркнули необходимость недопущения выработки новых обязательств, которые вступали бы в противоречие с обязательствами согласно Статуту или другим международным договорам⁸.

¹ См. доклад Комиссии международного права о работе ее шестьдесят шестой сессии, *Ежегодник ... 2014 год*, том II (Часть вторая), пункт 266.

² См. доклад Комиссии международного права о работе ее шестьдесят седьмой сессии, *Ежегодник ... 2015 год*, том II (Часть вторая), пункт 113.

³ С заявлениями в Шестом комитете выступили: Австрия, Аргентина, Беларусь, Венгрия, Германия, Греция, Израиль, Индия, Индонезия, Исламская Республика Иран, Испания, Италия, Китай, Малайзия, Мексика, Новая Зеландия, Нидерланды, Перу, Польша, Португалия, Республика Корея, Российская Федерация, Румыния, Сальвадор, Сингапур, Словакия, Словения, Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии, Соединенные Штаты Америки, Турция, Франция, Хорватия, Чешская Республика, Чили, Швейцария, Швеция (от имени стран Северной Европы), Южная Африка и Япония.

⁴ См., например, Китай, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семидесятая сессия, Шестой комитет, 22-е заседание* (A/C.6/70/SR.22), пункт 63; Израиль, *там же, 21-е заседание* (A/C.6/70/SR.21), пункт 73; Япония, *там же, 22-е заседание* (A/C.6/70/SR.22), пункт 129; и Малайзия, *там же, 23-е заседание* (A/C.6/70/SR.23), пункт 46.

⁵ См., например, Словакия, *там же, 23-е заседание* (A/C.6/70/SR.23), пункт 12; и Южная Африка, *там же*, пункт 13.

⁶ См., например, Чешская Республика, *там же, 20-е заседание* (A/C.6/70/SR.20), пункт 59; Испания, *там же, 22-е заседание* (A/C.6/70/SR.22), пункт 94; Словения, *там же, 23-е заседание* (A/C.6/70/SR.23), пункт 4; и Швейцария, *там же, 22-е заседание* (A/C.6/70/SR.22), пункты 18–19.

⁷ См., например, Италия, *там же, 17-е заседание* (A/C.6/70/SR.17), пункт 59; и Мексика, *там же, 21-е заседание* (A/C.6/70/SR.21), пункт 51.

⁸ См., например, Венгрия, *там же*, пункт 83; Индия, *там же*, пункт 65; Италия, *там же, 17-е заседание* (A/C.6/70/SR.17), пункт 58; Япония, *там же, 22-е заседание* (A/C.6/70/SR.22), пункт 130; Малайзия, *там же, 23-е заседание* (A/C.6/70/SR.23), пункт 47; Португалия, *там же, 22-е заседание* (A/C.6/70/SR.22), пункт 61; Швеция (от имени стран Северной Европы), *там же, 20-е заседание* (A/C.6/70/SR.20),

Многие государства согласились с подходом Комитета в отношении использования в проекте статьи 3 определения преступлений против человечности, которое содержится в статье 7 Римского статута Международного уголовного суда⁹, а два государства заявили о желании улучшить это определение¹⁰.

3. Несколько государств отметили важность сосредоточения внимания в этом проекте на таких вопросах, как предотвращение преступлений против человечности¹¹, принятие и согласование национальных законов¹², принцип *aut dedere aut judicare*¹³, преступления, совершаемые не только государствами, но и негосударственными субъектами¹⁴, и содействие межгосударственному сотрудничеству, в том числе посредством выдачи и взаимной правовой помощи¹⁵. В то же время некоторые государства призвали уточнить, что имеется в виду под обязательством предотвращения¹⁶, призвали к использованию иной терминологии (такой, как ссылки на преступления против человечности как «самые серьезные преступления, вызывающие озабоченность международного сообщества» или «международные преступления», а не «преступления по международному праву»¹⁷), настоятельно призвали рассмотреть некоторые вопросы (например, неприменимость срока давности¹⁸, безнаказанность¹⁹, компенсация жертвам²⁰ или необходимость того, чтобы национальные суды учитывали меж-

пункт 62015; и Соединенное Королевство, *там же*, 23-е заседание (A/C.6/70/SR.23), пункт 36.

⁹ Аргентина, *там же*, 23-е заседание (A/C.6/70/SR.23), пункт 72; Австрия, *там же*, 20-е заседание (A/C.6/70/SR.20), пункт 32; Чешская Республика, *там же*, пункт 59; Франция, *там же*, пункт 20; Германия, *там же*, 22-е заседание (A/C.6/70/SR.22), пункт 15; Япония, *там же*, пункт 130; Республика Корея, *там же*, 23-е заседание (A/C.6/70/SR.23), пункт 56; Новая Зеландия, *там же*, 22-е заседание (A/C.6/70/SR.22), пункт 31; Польша, *там же*, 21-е заседание (A/C.6/70/SR.21), пункт 68; Португалия, *там же*, 22-е заседание (A/C.6/70/SR.22), пункт 61; Румыния, *там же*, 21-е заседание (A/C.6/70/SR.21), пункт 79; Российская Федерация, *там же*, 23-е заседание (A/C.6/70/SR.23), пункт 18; Словакия, *там же*, пункт 12; Словения, *там же*, пункт 4; Южная Африка, *там же*, пункт 14; Швеция (от имени стран Северной Европы), *там же*, 20-е заседание (A/C.6/70/SR.20), пункт 6; Швейцария, *там же*, 22-е заседание (A/C.6/70/SR.22), пункт 18; и Соединенное Королевство, *там же*, 23-е заседание (A/C.6/70/SR.23), пункт 36.

¹⁰ Хорватия, *там же*, 22-е заседание (A/C.6/70/SR.22), пункт 78; и Мексика, *там же*, 21-е заседание (A/C.6/70/SR.21), пункты 52–54.

¹¹ Новая Зеландия, *там же*, 22-е заседание (A/C.6/70/SR.22), пункт 31; Словения, *там же*, 23-е заседание (A/C.6/70/SR.23), пункт 5; и Южная Африка, *там же*, пункт 13.

¹² Перу, *там же*, 21-е заседание (A/C.6/70/SR.21), пункт 93; и Российская Федерация, *там же*, 23-е заседание (A/C.6/70/SR.23), пункт 18.

¹³ Швеция (от имени стран Северной Европы), *там же*, 20-е заседание (A/C.6/70/SR.20), пункт 6; и Соединенное Королевство, *там же*, 23-е заседание (A/C.6/70/SR.23), пункт 36.

¹⁴ Израиль, *там же*, 21-е заседание (A/C.6/70/SR.21), пункт 74.

¹⁵ См., например, Германия, *там же*, 22-е заседание (A/C.6/70/SR.22), пункт 14; Португалия, *там же*, пункт 61; и Швейцария, *там же*, пункт 20.

¹⁶ Индонезия, *там же*, 23-е заседание (A/C.6/70/SR.23), пункт 29.

¹⁷ Австрия, *там же*, 20-е заседание (A/C.6/70/SR.20), пункт 31; и Франция, *там же*, пункт 20.

¹⁸ Швейцария, *там же*, 22-е заседание (A/C.6/70/SR.22), пункт 20.

¹⁹ Малайзия, *там же*, 23-е заседание (A/C.6/70/SR.23), пункт 48; и Швейцария, *там же*, 22-е заседание (A/C.6/70/SR.22), пункт 20.

²⁰ Сальвадор, *там же*, 22-е заседание, пункт 105; и Польша, *там же*, 21-е заседание (A/C.6/70/SR.21), пункт 68.

дународную судебную практику²¹), либо настоятельно призвали избегать определенных вопросов (таких как гражданская юрисдикция²², безнаказанность²³ или создание организационной структуры для мониторинга новой конвенции²⁴).

4. Многие государства указали, что они поддерживают разработку этих статей для цели новой конвенции²⁵. Некоторые государства отметили существование другой инициативы по разработке новой конвенции, сконцентрированной только на вопросах взаимной правовой помощи и выдачи и касающейся не только преступлений против человечности, но самых серьезных международных преступлений²⁶. Три государства выразили сомнения относительно желательности и необходимости новой конвенции, касающейся преступлений против человечности, считая достаточными Римский статут Международного уголовного суда и другие существующие документы²⁷, а два государства высказа-

²¹ Германия, *там же*, 22-е заседание (A/C.6/70/SR.22), пункт 15.

²² Соединенное Королевство, *там же*, 23-е заседание (A/C.6/70/SR.23), пункт 37.

²³ *Там же*.

²⁴ Франция, *там же*, 20-е заседание (A/C.6/70/SR.20), пункт 21.

²⁵ См. Австрия, *там же*, 20-е заседание (A/C.6/70/SR.20), пункт 30 (приветствует сделанные Специальным докладчиком выводы относительно будущей конвенции по этой теме); Чили, *там же*, 22-е заседание (A/C.6/70/SR.22), пункт 86 (заявляет, что вклад Комиссии в разработку нового договора в этой области имеет решающее значение); Хорватия, *там же*, пункт 75 (всцело поддерживает все меры, направленные на подготовку глобального международного документа); Сальвадор, *там же*, пункт 103 (соглашается с важностью разработки проекта новой конвенции, посвященной таким преступлениям, с целью заполнить существующие пробелы); Германия, *там же*, пункт 14 (считает, что новая конвенция не только дополнит договорное право, касающееся основных преступлений, но и может укрепить межгосударственное сотрудничество); Венгрия, *там же*, 21-е заседание (A/C.6/70/SR.21), пункт 83 (указывает на отсутствие единой договорной основы для преследования за преступления против человечности, такой, как та, которая существует в отношении военных преступлений и геноцида, и поэтому следует устранить правовой пробел); Индонезия, *там же*, 23-е заседание (A/C.6/70/SR.23), пункт 29 (утверждает, что новая конвенция является крайне важной частью усилий международного сообщества по борьбе с безнаказанностью и одним из важнейших недостающих звеньев в нынешней системе); Израиль, *там же*, 21-е заседание (A/C.6/70/SR.21), пункт 74 (указывает, что для него будет честью внести вклад в разработку нового договора); Италия, *там же*, 17-е заседание (A/C.6/70/SR.17), пункт 58 (убеждена в потенциальных выгодах от разработки конвенции по этому вопросу); Перу, *там же*, 21-е заседание (A/C.6/70/SR.21), пункт 93 (приветствует работу по выработке возможной будущей конвенции); Португалия, *там же*, 22-е заседание (A/C.6/70/SR.22), пункт 61 (считает, что новая конвенция может содействовать борьбе с безнаказанностью и обеспечению подотчетности); Словакия, *там же*, 23-е заседание (A/C.6/70/SR.23), пункт 12 (считает разумным решение подойти к этой теме путем выработки новой конвенции, поскольку это единственное практическое решение); Швейцария, *там же*, 22-е заседание (A/C.6/70/SR.22), пункты 18 и 20 (выступает в пользу лаконичной конвенции); и Соединенные Штаты, *там же*, пункт 41 (считает, что разработка проектов статей для включения в конвенцию может стать важным шагом).

²⁶ Аргентина, *там же*, 23-е заседание (A/C.6/70/SR.23), пункт 71; Греция, *там же*, 20-е заседание (A/C.6/70/SR.20), пункт 48; Нидерланды, *там же*, 21-е заседание (A/C.6/70/SR.21), пункты 41–43; и Словения, *там же*, 23-е заседание (A/C.6/70/SR.23), пункт 6.

²⁷ Беларусь, *там же*, 21-е заседание (A/C.6/70/SR.21), пункт 30; Греция, *там же*, 20-е заседание (A/C.6/70/SR.20), пункты 47–48; и Исламская Республика Иран, *там же*, 23-е заседание (A/C.6/70/SR.23), пункт 67.

ли мысль о том, что более целесообразным, возможно, является какой-то иной результат, а не новый международный договор²⁸.

5. Помимо прений в Шестом комитете, настоящий доклад выиграл от письменных замечаний, полученных от государств в ответ на высказанную Комиссией в 2014 году²⁹ (и повторенную в 2015 году³⁰) просьбу представить информацию о существующих национальных законах и судебной практике в том, что касается преступлений против человечности.

С. Цель и структура настоящего доклада

6. Цель настоящего доклада заключается в рассмотрении различных шагов, которые государствам надлежит предпринимать в соответствии со своими национальными законами в отношении преступлений против человечности, относящихся к числу самых серьезных преступлений, вызывающих озабоченность международного сообщества в целом. Рассматриваемые в нем вопросы включают следующие: установление национальных законов, определяющих преступления, относящиеся к преступлениям против человечности; установление национальной юрисдикции в целях рассмотрения таких преступлений, когда они происходят; общее расследование и сотрудничество в целях установления предполагаемых преступников; осуществление национальной юрисдикции, когда предполагаемый преступник находится на территории того или иного государства; передача предполагаемого преступника для судебного преследования либо выдачи или предоставления в распоряжение (*aut dedere aut judicare*); и справедливое обращение с предполагаемым преступником на всех этапах судопроизводства.

7. Глава I настоящего доклада касается обязательства государств устанавливать национальные законы, определяющие преступления, относящиеся к преступлениям против человечности. Обязательство такого рода обычно существует в международных договорах, касающихся преступлений, и при этом оно предусматривает, что национальное уголовное право государства устанавливает уголовную ответственность, когда преступник «совершает» действие (иногда в национальном законодательстве речь идет о «непосредственном» совершении или «исполнении» действия либо об «основном исполнителе» при совершении действия), пытается совершить действие либо участвует в действии или в попытке каким-либо иным образом (иногда в национальном законодательстве для обозначения этого используются такие термины, как «склонять» к действию, «пособничать» действию или «подстрекать» к действию, или же говорят о лице, «причастном» к действию или являющемся «соучастником» действия). Помимо этого, соответствующие международные документы, а также многие национальные законы предусматривают, что командиры и другие начальники подлежат уголовной ответственности за действия подчиненных при определенных обстоятельствах. Такие документы и законы также предусматривают, что тот факт, что преступление было совершено по приказу

²⁸ Малайзия, *там же*, пункт 48 (предлагает проект руководящих принципов); и Сингапур, *там же*, 21-е заседание (A/C.6/70/SR.21), пункт 59 (предлагает неуточненные другие результаты).

²⁹ Ежегодник ... 2014 год, том II (Часть вторая), пункт 34.

³⁰ Ежегодник ... 2015 год, том II (Часть вторая), пункт 24.

начальника, не является сам по себе основанием для исключения уголовной ответственности подчиненного, и иногда предусматривают, что к таким преступлениям не применяется никакой срок давности. Наконец, такие документы и законы обычно предусматривают, что меры наказания являются в достаточной мере соответствующими с учетом тяжкого характера преступления. Глава I завершается предложением о проекте статьи, касающемся этих моментов в связи с преступлениями против человечности.

8. Глава II настоящего доклада касается вопросов, относящихся к установлению национальной юрисдикции в целях рассмотрения таких преступлений, когда они происходят. Для обеспечения того, чтобы те, кто совершает такие преступления против человечности, не могли найти никакого прибежища, в настоящей главе определяются различные виды государственной юрисдикции, установления которой обычно требуют от государств-участников международные договоры, касающиеся преступлений. Такая юрисдикция в большинстве случаев должна устанавливаться не только государством, в котором совершено преступление, но и другими государствами, исходя из таких связей, как гражданство или присутствие предполагаемого преступника. Эти договоры также обычно предусматривают, что, хотя они обязывают государство установить конкретные виды юрисдикции, они не исключают установления государством иной уголовной юрисдикции. Глава II завершается предложением о проекте статьи, касающемся этих моментов в связи с преступлениями против человечности.

9. Глава III настоящего доклада касается обязательства государства быстро и беспристрастно проводить расследование всякий раз, когда есть основание полагать, что преступление против человечности произошло или происходит на любой территории под его юрисдикцией или контролем. Некоторые международные договоры, касающиеся преступлений, включают обязательство проводить расследование всякий раз, когда есть основания считать, что соответствующее преступление было совершено на территории государства, хотя многие договоры не содержат такого обязательства. В идеале, государство, определяющее, что такое преступление произошло или происходит, уведомит другие государства, если считается, что их граждане причастны к преступлению, тем самым позволив этим другим государствам также расследовать этот вопрос. В любом случае, если устанавливается, что преступление против человечности произошло или происходит, все государства должны сотрудничать, сообразно обстоятельствам, в усилиях по установлению личности и местонахождения лиц, совершивших правонарушения, имеющие отношение к этому преступлению. С учетом важности проведения расследования и сотрудничества в целях установления личности предполагаемых преступников глава III завершается предложением о проекте статьи, касающемся такого обязательства.

10. В главе IV настоящего доклада речь идет об осуществлении национальной юрисдикции в отношении предполагаемого преступника в любое время, когда он или она находится на территории государства. Такое обязательство обычно существует в договорах, касающихся преступлений, и при этом оно часто затрагивает три требования: чтобы государство провело предварительное расследование; чтобы государство, если это необходимо, предприняло шаги для обеспечения доступности предполагаемого преступника для целей уголовного преследования, выдачи или передачи в распоряжение, что может подразумевать взятие лица под стражу; и чтобы государство уведомило другие госу-

дарства, обладающие юрисдикцией в этом вопросе, о действиях, которые это государство предприняло, и о том, намеревается ли оно передать данный вопрос в его компетентные органы для уголовного преследования. Глава IV завершается предложением о проекте статьи, касающемся этих моментов в связи с преступлениями против человечности.

11. Глава V настоящего доклада касается обязательства передать предполагаемого преступника для уголовного преследования либо выдать его или ее или передать его или ее в распоряжение другого государства или компетентного международного трибунала. Договоры, касающиеся преступлений, обычно содержат такое обязательство *aut dedere aut judicare*. Более того, в недавних международных договорах также признается возможность выполнения государством такого обязательства посредством передачи предполагаемого преступника международному уголовному суду или трибуналу для цели уголовного преследования. Глава V завершается предложением о проекте статьи, касающемся этих моментов в связи с преступлениями против человечности.

12. В главе VI настоящего доклада речь идет об обязательстве обеспечить предполагаемому преступнику «справедливое обращение» на всех этапах судопроизводства против него или нее — обязательстве, обычно признаваемом в договорах, касающихся преступлений. Такое обязательство включает обеспечение предполагаемому преступнику справедливого судебного разбирательства. Помимо этого, как и всегда, государства обязаны в более общем плане защищать права человека данного лица, в том числе в течение любого периода пребывания под стражей. В случае если гражданство предполагаемого преступника не является гражданством данного государства, государство также обязано разрешить этому лицу сноситься с представителем его или ее государства и видаться с таким представителем. Глава VI завершается предложением о проекте статьи, касающемся этих моментов в связи с преступлениями против человечности.

13. Глава VII касается возможной будущей программы работы. В приложении I к настоящему докладу содержатся четыре проекта статей, принятые в предварительном порядке Комиссией на ее шестьдесят седьмой сессии в 2015 году. В приложении II содержатся проекты статей, предложенные в настоящем докладе.

Глава I

Криминализация согласно национальному законодательству

14. Международный военный трибунал (МВТ) в Нюрнберге признал важность наказания лиц за, в частности, преступления против человечности, когда он заявил, что «преступления против международного права совершаются людьми, не абстрактными категориями, и только путем наказания отдельных лиц, совершающих такие преступления, могут быть соблюдены установления международного права»³¹. В соответствии с этим судебным решением подготовленные Комиссией «Принципы международного права, признанные статутом Нюрнбергского трибунала и нашедшие выражение в решении этого Трибунала» предусматривали, что «любое лицо, совершающее деяние, представля-

³¹ “Judicial decisions: International Military Tribunal (Nuremberg)...”, p. 221.

ющее преступление по международному праву, несет за него ответственность и подлежит наказанию»³². Аналогичным образом, в преамбуле к Конвенции 1968 года о неприменимости срока давности к военным преступлениям и преступлениям против человечества утверждается, что «эффективное наказание за ... преступления против человечества является важным фактором в деле предупреждения таких преступлений, защиты прав человека и основных свобод, укрепления доверия, поощрения сотрудничества между народами и обеспечения международного мира и безопасности»³³.

15. Уголовное преследование и наказание лиц за преступления против человечности возможны в международных уголовных судах и трибуналах, однако, чтобы быть полностью эффективными, они должны также осуществляться на национальном уровне. В преамбуле к Римскому статуту Международного уголовного суда подтверждается, что «самые серьезные преступления, вызывающие озабоченность всего международного сообщества, не должны оставаться безнаказанными и что их действенное преследование должно быть обеспечено как мерами, принимаемыми на национальном уровне, так и активизацией международного сотрудничества». И действительно, учитывая ограниченный потенциал и, в некоторых случаях, ограниченную юрисдикцию международных судов и трибуналов, некоторые авторы утверждают, что «в большинстве случаев единственным путем обеспечения международного уголовного права является использование национальных судов»³⁴. Более того, некоторые авторы утверждают, что «уголовное преследование на национальном уровне не только является основным средством правоприменения в отношении международных преступлений, но и часто рассматривается как предпочтительная — с политической, социологической, практической точек зрения и с точки зрения законности — альтернатива уголовному преследованию на международном уровне»³⁵.

16. В настоящей главе обсуждается вопрос об установлении уголовной ответственности согласно национальному законодательству для лиц, совершивших преступления против человечности. Вначале в нем рассматривается нынешнее положение дел в том, что касается принятия национальных законов о преступлениях против человечности, и при этом указывается, что многие государства не сделали этого. Далее в нем рассматриваются различные международные договоры, обязавшие государства принимать национальные законы в отношении других преступлений, что может помочь дать указания относительно проекта статьи, касающейся преступлений против человечности. Затем в настоящей главе анализируются различные типы (иди виды) ответственности, которые обычно существуют в национальных законах, касающихся преступлений против человечности, и в международных договорах, касающихся преступлений, в особенности правонарушений, приравняемых к совершению преступления, покушению на совершение преступления и участию в совершении преступления или в покушении на совершение преступления. После этого в настоящей главе рассматриваются правонарушения, которые могут возникать ввиду от-

³² Principle I, *Yearbook ... 1950*, vol. II, p. 374.

³³ По состоянию на 2015 год Конвенция имеет 55 участников.

³⁴ Brown, p. 16.

³⁵ Cryer, p. 70. См. также *ibid.*, p. 587 («Национальные системы, а не международные суды предназначены в большинстве случаев быть местом международного уголовного правоприменения»); и Saul, p. 59.

ветственности командиров или других начальников. Рассматривается вопрос о невозможности избежать правонарушения по причине приказов начальника, а также вопрос о применении срока давности к этому преступлению. Затем рассматривается требование о назначении соответствующих мер наказания. Настоящая глава завершается предлагаемым проектом статьи, состоящим из трех пунктов и озаглавленным «Криминализация согласно национальному законодательству».

А. Преступления против человечности в национальном законодательстве

17. В своих национальных законах многие государства касаются тем или иным образом преступлений против человечности и предусматривают национальное уголовное преследование в связи с такими преступлениями³⁶. Римский статут Международного уголовного суда, в частности, привел к появлению ряда национальных законов, предусматривающих преступления против человечности в формулировках, идентичных или очень близких тому, как это преступление определено в статье 7 Статута. И действительно, из тех государств, которые по состоянию на 2015 год ответили на просьбу Комиссии представить информацию об их национальных законах, Австрия³⁷, Бельгия³⁸, Чешская Республика³⁹, Финляндия⁴⁰, Франция⁴¹, Германия⁴², Республика Корея⁴³, Нидерланды⁴⁴, Швейцария⁴⁵ и Соединенное Королевство⁴⁶ указали, что их национальные законы о преступлениях против человечности по сути дела совпадают с определением в Статуте. Куба⁴⁷ и Испания⁴⁸ также криминализируют преступления против человечности, хотя и не одинаковым со Статутом образом.

18. В то же время многие государства не приняли национальных законов относительно преступлений против человечности. Как указывалось в первом докладе по этой теме⁴⁹, проведенное в 2013 году исследование позволило сделать вывод о том, что, исходя из обзора более ранних исследований, и, указывают на то, что в лучшем случае 54 процента государств — членов Организации

³⁶ См. *Ежегодник ... 2014 год*, том II (Часть первая), документ A/CN.4/680, пункты 53–56. См. также Eser *et al.*, Bergsmo, Harlem and Hayashi; García Falconí, p. 453; и van der Wolf. Что касается страновых исследований, см., например, C. Ferstman, p. 857; и van den Herik, p. 303.

³⁷ Written comments to the International Law Commission (2015), Австрия («законопроект о включении конкретных международных преступлений согласно Римскому статуту Международного уголовного суда в Уголовный кодекс Австрии»).

³⁸ *Ibid.*, Бельгия, ссылается на статью 136ter своего Уголовного кодекса («В соответствии со Статутом Международного уголовного суда преступление против человечности»).

³⁹ *Ibid.*, Чешская Республика.

⁴⁰ *Ibid.*, Финляндия.

⁴¹ *Ibid.*, Франция.

⁴² *Ibid.*, Германия.

⁴³ *Ibid.*, Республика Корея.

⁴⁴ *Ibid.*, Нидерланды.

⁴⁵ *Ibid.*, Швейцария.

⁴⁶ *Ibid.*, Соединенное Королевство («Определение [преступлений против человечности] основано на определении в Статуте МУС»).

⁴⁷ *Ibid.*, Куба.

⁴⁸ *Ibid.*, Испания.

⁴⁹ *Ежегодник ... 2014 год*, том II (Часть первая), документ A/CN.4/680, пункты 58–61.

Объединенных Наций (104 из 193) имеют в какой-либо форме национальные законы, однозначно касающиеся преступлений против человечности⁵⁰. Остальные государства-члены (89 из 193), по всей видимости, не имеют национальных законов, касающихся преступлений против человечности. Кроме того, в исследовании 2013 года установлено, что ранние исследования свидетельствуют о том, что в лучшем случае 66 процентов участников Римского статута Международного уголовного суда (80 из 121) располагают в определенной форме национальными законами, касающимися преступлений против человечности, а 34 процента участников Статута (41 из 121) таких законов не имеют⁵¹. Следовательно, представляется, что государства не считают себя обязанными — согласно обычному международному праву — принимать национальный закон, определенно криминализирующий преступления против человечности.

19. Государства, не принявшие национального закона о преступлениях против человечности, обычно имеют национальные уголовные законы, позволяющие назначать наказания в той или иной форме за многие из индивидуальных действий, которые при определенных обстоятельствах могут представлять собой преступления против человечности, такие как убийство, пытки или изнасилование⁵². Эти государства, однако, не криминализовали преступления против человечности *как таковые*, и эта недоработка может помешать уголовному преследованию и наказанию за это деяние так, чтобы это было соизмеримо с тяжестью преступления. В контексте преступления в виде пыток согласно международному праву Комитет против пыток⁵³ выразил озабоченность

⁵⁰ International Human Rights Law Clinic, p. 8; см. также The Law Library of Congress.

⁵¹ International Human Rights Clinic, p. 8.

⁵² Written comments to the International Law Commission (2015), Соединенные Штаты Америки. См. также *Situation in the Republic of Côte d'Ivoire in the case of the Prosecutor v. Simone Gbagbo, Case No. ICC-02/11-01/12 OA, Judgment of 27 May 2015 on the Appeal of Côte d'Ivoire against the Decision of Pre-Trial Chamber I of 11 December 2014 entitled "Decision on Côte d'Ivoire's Challenge to the Admissibility of the Case against Simone Gbagbo"*, International Criminal Court, Appeals Chamber, para. 99 (устанавливается, что национальное судебное преследование за обычные внутригосударственные преступления в виде нарушения общественного порядка, организации вооруженных банд и подрыва государственной безопасности не базируется на том же, по сути дела, поведении, о котором идет речь, в случае предполагаемых преступлений против человечности в виде убийства, изнасилования, других бесчеловечных действий и гонений).

⁵³ См., например, Выводы и рекомендации Комитета против пыток, Словения (CAT/C/CR/30/4), пункты 5(а) и 6(а) (выражает обеспокоенность в связи с тем, что «в материальных нормах уголовного права пытка не квалифицируется в качестве отдельного преступления, и, хотя это понятие упоминается в Уголовном кодексе, оно по-прежнему четко не определено», и рекомендует государству-участнику «скорейшим образом реализовать планы принятия определения пыток, охватывающего все элементы, содержащиеся в статье 1 Конвенции, и внести соответствующие поправки во внутреннее уголовное законодательство»); и Выводы и рекомендации Комитета против пыток, Бельгия (CAT/C/CR/30/6), пункт 6 (рекомендует «бельгийским властям обеспечить, чтобы содержащееся в бельгийском уголовном праве общее определение фактически охватывало все элементы определения, содержащегося в статье 1 Конвенции»). См. также *там же*, Гватемала (CAT/C/GTM/CO/4 и Add.1), пункт 10; *там же*, Саудовская Аравия (CAT/C/CR/28/5), пункты 4(а) и 8(а); *там же*, Франция (CAT/C/FRA/CO/3 и Add.1), пункт 5; и *там же*, Босния и Герцеговина (CAT/C/BIH/CO/1 и Add.1–2), пункт 9. Что касается замечаний правительств по этому вопросу, см., например, доклад Комитета против пыток, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят седьмая сессия, Дополнение № 44 (A/57/44)*, пункты 30–35 (Бенин), и *там же*, *пятьдесят пятая сессия, Дополнение № 44 (A/55/44)*, пункт 49(а) (Австрия), пункт 54(а) (Финляндия), пункт 68(а)

по поводу непринятия национального закона, криминализирующего пытки в соответствии с определением пыток, содержащимся в Конвенции 1984 года против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания. В своем замечании общего порядка № 2 Комитет заявил:

Серьезные расхождения между определением, содержащимся в Конвенции, и определением, включенным во внутреннее право, открывают реальные или потенциальные лазейки для безнаказанности. В некоторых случаях, даже при использовании аналогичной формулировки, такая формулировка может иметь несколько иной смысл во внутреннем праве или в силу толкования, данного судебными органами, в связи с чем Комитет призывает каждое государство-участник обеспечить, чтобы все ветви власти придерживались определения, которое дано в Конвенции, для определения лежащих на государстве обязательств. В то же время Комитет признает, что более широкие определения, которые могут существовать во внутренних правовых системах, также способствуют достижению задач и целей Конвенции, если они, как минимум, отражают стандарты Конвенции и применяются в соответствии с ними⁵⁴.

Хотя принятие странами дословного определения, содержащегося в Конвенции против пыток, не требуется, некоторые авторы настаивают на том, что «оно должно, по крайней мере, в достаточной степени охватывать содержащееся в Конвенции определение» и «должно быть принято в национальном законодательстве и, в частности, в уголовном кодексе»⁵⁵.

В. Существующие договоры, обязывающие государства криминализовать деяния в национальном законодательстве

20. Многие государства ратифицировали договоры — или присоединились к договорам — в таких областях, как международное гуманитарное право, права человека или международное уголовное право, которые требуют криминализации конкретных видов поведения⁵⁶. Например, Конвенция 1948 года о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (Конвенция о геноциде) предусматривает, что «для введения в силу положений настоящей Конвенции договаривающиеся стороны обязуются провести необходимое законодательство, каждая в соответствии со своей конституционной процедурой, и, в частности, предусмотреть эффективные меры наказания лиц, виновных в совершении геноцида или других упомянутых в статье III [Конвенции] преступлений» (статья V). Государства — участники Конвенции осуществляют это обязательство посредством принятия национальных законов, таких как Закон Нидерландов

(Азербайджан), пункт 74(а) (Кыргызстан), пункт 80(а) (Узбекистан), пункт 87 (Польша), пункт 150(б) (Парагвай), пункт 160 (Сальвадор) и пункт 179(а) (Соединенные Штаты Америки).

⁵⁴ Комитет против пыток, замечание общего порядка № 2 (CAT/C/GC/2/CRP.1/Rev.4), пункт 9. Что касается оценки практики Комитета в отношении статьи 2, см. Nowak and McArthur, pp. 94–107.

⁵⁵ Nowak and McArthur, p. 239 (цитирует документ CAT/C/CR/30/6 (см. сноску 53 выше), пункт 6; и Выводы и рекомендации Комитета против пыток, Эстония (CAT/C/CR/29/5), пункт 6(а)). См. также Ingelse, p. 222.

⁵⁶ См. в общем плане Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, pp. 93–95; и Dupuy and Kerbrat, pp. 587–588.

дов от 2 июля 1964 года об осуществлении Конвенции о геноциде⁵⁷ или Закон Тонга о приведении в действие Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него⁵⁸. К числу других государств, имеющих законы об осуществлении Конвенции, относятся Албания⁵⁹, Армения⁶⁰, Австрия⁶¹, Бразилия⁶², Болгария⁶³, Хорватия⁶⁴, Куба⁶⁵, Чешская Республика⁶⁶, Фиджи⁶⁷, Германия⁶⁸, Гана⁶⁹, Венгрия⁷⁰, Израиль⁷¹, Италия⁷², Лихтенштейн⁷³, Мексика⁷⁴, Португалия⁷⁵, Румыния⁷⁶, Российская Федерация⁷⁷, Словения⁷⁸, Испания⁷⁹, Швеция⁸⁰ и Соединенные Штаты Америки⁸¹. Вместо принятия детального

⁵⁷ Genocide Convention Implementation Act of 2 July 1964, имеется по адресу wetten.overheid.nl/BWBR0002453/geldigheidsdatum_wijkt_af_van_zoekvraag/geldigheidsdatum_01-05-2002.

⁵⁸ Laws of Tonga, chapter 19, Act 8 of 1969, an Act to Give Effect to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, имеется по адресу www.paclii.org/to/legis/consol_act/ga75.rtf.

⁵⁹ Criminal Code of the Republic of Albania, Law No. 7895 of 27 January 1995 (revised 2013), art. 73, имеется по адресу www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes.

⁶⁰ Criminal Code of the Republic of Armenia of 18 April 2003 (revised 2013), art. 393, *ibid*.

⁶¹ Written comments to the International Law Commission (2015), Австрия.

⁶² Brazil, Act No. 2889 of 1 October 1956, имеется по адресу www.preventgenocide.org/pt/direito/codigos/brasil.htm.

⁶³ Bulgaria, Criminal Code, No. 26/02.04.1968 (amended 2010), art. 416, имеется по адресу www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes.

⁶⁴ Croatia, Criminal Code, *Official Gazette* No. 110 of 21 October 1997 (revised 2003), art. 156, *ibid*.

⁶⁵ Cuba, Criminal Code, Law No. 62/87 of 29 December 1987, art. 116, para. 1, имеется по адресу www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=242550.

⁶⁶ The Czech Republic, Criminal Code, Act No. 140/1961, provision 259, имеется по адресу www.coe.int/t/dlapil/codexter/Source/country_profiles/legislation/CT%20Legislation%20-%20Czech%20Republic%20Criminal%20Code.pdf.

⁶⁷ Fiji Islands, Criminal Code, art. 69 (inserted by ordinance No. 25 of 1969, amended by Order 13 November 1970 and Ordinance No. 15 of 1973), имеется по адресу www.preventgenocide.org/law/domestic/fiji.htm.

⁶⁸ Germany, Act to Introduce the Code of Crimes Against International Law of 26 June 2002, part 2, ch. 1, sect. 6, имеется по адресу www.iuscomp.org/gla/statutes/VoeStGB.pdf.

⁶⁹ Ghana, Criminal Code of 1960, Act 29 (as amended up to 2003), sect. 49A, имеется по адресу www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=1787.

⁷⁰ Hungary, Criminal Code, Act C of 2012 (promulgated on 13 July 2012), sect. 142, имеется по адресу www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes.

⁷¹ Israel, Crime of Genocide (Prevention and Punishment) Law No. 5710-1950 of 29 March 1950, имеется по адресу preventgenocide.org/il/law1950.htm.

⁷² Italy, Law No. 962 of 9 October 1967, имеется по адресу preventgenocide.org/it/legge.htm.

⁷³ Liechtenstein, Criminal Code of 24 June 1987, sect. 321, имеется по адресу www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=10181.

⁷⁴ Mexico, Federal Criminal Code of 14 August 1931, art. 149 *bis* (updated 14 July 2014), имеется по адресу www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=14542.

⁷⁵ Portugal, Criminal Code, Decree-Law No. 48/95 of 15 March 1995, art. 239, имеется по адресу www.preventgenocide.org/pt/direito/codigos/portugal.htm.

⁷⁶ Romania, Criminal Code, Law No. 286 of 17 July 2009 (amended 2012), art. 438, имеется по адресу www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes.

⁷⁷ Уголовный кодекс Российской Федерации, № 63-ФЗ от 13 июня 1996 года (с изменениями, внесенными в 2012 году), статья 357, *ibid*.

⁷⁸ Slovenia, Criminal Code (KZ-1), art. 100 (2008), *ibid*.

⁷⁹ Spain, Criminal Code, Organic Act No. 10/1995, art. 607 (23 November 1995), *ibid*.

⁸⁰ Sweden, Criminal Code, Act No. 1964:169, имеется по адресу preventgenocide.org/se/lag169.htm.

национального закона о преступлении геноцида некоторые государства просто включают Конвенцию против геноцида в свое национальное законодательство путем перекрестной ссылки⁸².

21. Аналогичным образом, каждая из Женевских конвенций 1949 года о защите жертв войны предусматривает, что «Высокие Договаривающиеся Стороны берут на себя обязательство ввести в действие законодательство, необходимое для обеспечения эффективных уголовных наказаний для лиц, совершивших ... те или иные серьезные нарушения настоящей Конвенции», как они определены в этих Конвенциях⁸³. Согласно всеобъемлющему анализу национальных законов, проведенному Международным комитетом Красного Креста, 98 государств приняли национальные законы для осуществления этого положения Женевских конвенций о защите жертв войны и по меньшей мере 30 государств касаются этого вопроса в своих военных наставлениях⁸⁴.

22. И действительно, обязательства касательно «криминализации» определенных деяний существуют в целом ряде международных конвенций, включая такие как: Конвенция 1970 года о борьбе с незаконным захватом воздушных судов⁸⁵; Конвенция 1973 года о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов⁸⁶; Международная конвенция 1979 года о борьбе с захватом заложников⁸⁷; Конвенция 1984 года против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания⁸⁸; Межамериканская конвенция 1985 года о предупреждении пыток и наказании за

⁸¹ United States Code, Title 18, sect. 1091 (2012), имеется по адресу www.gpo.gov/fdsys/granule/USCODE-2011-title18/USCODE-2011-title18-partI-chap50A-sec1091.

⁸² См., например, Laws of Antigua and Barbuda, chapter 191, Genocide Act, section 3, имеется по адресу www.laws.gov.ag/acts/chapters/cap-191.pdf; Laws of Barbados, Genocide Act, chap. 133A (1980-18), sect. 4, имеется по адресу 208.109.177.6/en/ShowPdf/133A.pdf; Ireland, Genocide Act No. 28/1973, sect. 2(1), имеется по адресу www.preventgenocide.org/law/domestic/ireland.htm; and Seychelles, Genocide Act 1969 (Overseas Territories), 1970, sect. 1(1), имеется по адресу www.seylli.org/sc/legislation/consolidated-act/88.

⁸³ Женевская конвенция об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях (Конвенция I), статья 49; Женевская конвенция об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море (Женевская конвенция II), статья 50; Женевская конвенция об обращении с военнопленными (Женевская конвенция III), статья 129; Женевская конвенция о защите гражданского населения во время войны (Женевская конвенция IV), статья 146.

⁸⁴ См. International Committee of the Red Cross (ICRC), Customary IHL Database, “Chapter 43: Practice relating to Rule 151. Individual responsibility” (см. разделы о национальных законах и о военных наставлениях), имеется по адресу www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cha_chapter43_rule151, Customary IHL Database, “Chapter 43: Practice Relating to Rule 151.”

⁸⁵ Статья 2 («Каждое Договаривающееся Государство обязуется применять в отношении такого преступления суровые меры наказания»).

⁸⁶ Статья 2, пункт 2 («Каждое государство-участник предусматривает соответствующие наказания за такие преступления с учетом их тяжкого характера»).

⁸⁷ Статья 2 («Каждое Государство-участник предусматривает соответствующие наказания за преступления, указанные в [этой Конвенции], с учетом тяжкого характера этих преступлений»).

⁸⁸ Статья 4 («Каждое Государство-участник обеспечивает, чтобы все акты пыток рассматривались в соответствии с его уголовным законодательством Каждое Государство-участник устанавливает соответствующие наказания за такие преступления с учетом их тяжкого характера»).

них⁸⁹; Конвенция 1994 года о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала⁹⁰; Межамериканская конвенция 1994 года о насильственном исчезновении лиц⁹¹; Международная конвенция 1997 года о борьбе с бомбовым терроризмом⁹²; Международная конвенция 1999 года о борьбе с финансированием терроризма⁹³; Конвенция ОАЕ [Организации африканского единства] о предупреждении терроризма и борьбе с ним 1999 года⁹⁴; Протокол о предупреждении и пресечении торговли людьми, особенно женщинами и детьми, и наказании за нее, дополняющий Конвенцию Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности⁹⁵; Международная конвенция 2006 года для защиты всех лиц от насильственных исчезновений⁹⁶; и Конвенция АСЕАН [Ассоциации государств Юго-Восточной Азии] о противодействии терроризму 2007 года⁹⁷.

23. Размышляя о принятии таких обязательств в международных договорах, в частности в Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, Международный Суд в

⁸⁹ Статья 6 («Государства-участники обеспечивают, чтобы все акты пыток и покушения на совершение пыток являлись преступлениями в соответствии с их уголовным законодательством, и предусматривает суровые наказания за такие акты с учетом их серьезного характера»).

⁹⁰ Статья 9, пункт 2 («Каждое государство-участник устанавливает соответствующие наказания за преступления, предусмотренные в [этой Конвенции], с учетом их тяжкого характера»).

⁹¹ Статья III («Государства-участники обязуются принимать ... законодательные меры, которые могут быть необходимыми для определения насильственного исчезновения лиц в качестве преступления, и устанавливать соответствующее наказание, соизмеримое с его чрезвычайной тяжестью»).

⁹² Статья 4 («Каждое государство-участник принимает такие меры, какие могут оказаться необходимыми: а) для признания уголовными преступлениями согласно его внутреннему законодательству деяний, указанных [в этой Конвенции]; б) для установления за эти преступления соответствующих наказаний с учетом тяжкого характера этих преступлений»).

⁹³ Статья 4 («Каждое государство-участник принимает такие меры, которые могут оказаться необходимыми: а) для признания уголовными преступлениями согласно его внутреннему праву преступлений, указанных в [этой Конвенции]; б) для установления за эти преступления соразмерных наказаний с учетом тяжести этих преступлений»).

⁹⁴ Статья 2(а) («Государства-участники обязуются ... пересмотреть свои национальные законы и признать в качестве уголовных преступлений террористические акты, как они определены в настоящей Конвенции, и предусмотреть соответствующие наказания за такие акты в соответствии с тяжким характером таких преступлений»).

⁹⁵ Статья 5(1) («Каждое Государство-участник принимает такие законодательные и другие меры, какие могут потребоваться, с тем чтобы признать в качестве уголовно наказуемых деяния, указанные в ... настоящем Протоколе»).

⁹⁶ Статья 7, пункт 1 («Каждое государство-участник предусматривает для преступления насильственного исчезновения соответствующие меры наказания с учетом его чрезвычайной серьезности»).

⁹⁷ Статья IX, пункт 1 («Участники принимают такие меры, которые могут быть необходимыми, включая, сообразно обстоятельствам, национальное законодательство, для обеспечения того, чтобы преступления, охватываемые статьей II настоящей Конвенции, особенно когда они предназначаются для того, чтобы запугать население или заставить правительство или международную организацию совершить какое-либо действие или воздержаться от его совершения, не были ни при каких обстоятельствах оправданными в силу соображений политического, философского, идеологического, расового, этнического, религиозного или иного схожего характера»).

деле «Вопросы, связанные с обязательством выдавать или осуществлять судебное преследование» (*«Бельгия против Сенегала»*) заявил:

Обязательство государства признать пытки уголовным преступлением и установить юрисдикцию в отношении них эквивалентно положениям многих международных конвенций о борьбе с международными преступлениями. Это обязательство, которое должно выполняться соответствующим государством немедленно после того, как оно стало связанным положениями Конвенции. Это обязательство имеет, в частности, превентивный и сдерживающий характер, поскольку, оснастив себя необходимыми правовыми инструментами для судебного преследования за такие преступления, государства-участники обеспечивают соответствующее функционирование своих правовых систем и берут на себя обязательство координировать свои усилия в устранении любого риска безнаказанности. Этот превентивный характер становится еще более заметным по мере увеличения числа государств-участников⁹⁸.

С. Совершение преступления, покушение на совершение преступления или участие в преступлении

24. В контексте преступлений против человечности обследование как международных документов, так и национальных законов наводит на мысль о том, что в них рассматриваются различные типы (или виды) ответственности. Во-первых, во всех юрисдикциях, в которых преступления против человечности криминализированы, устанавливается уголовная ответственность в отношении лица, которое «совершает» это преступление (иногда в национальном законодательстве речь идет о «непосредственном» совершении или «исполнении» действия либо об «основном исполнителе» при совершении действия). Например, Соглашение о судебном преследовании и наказании главных военных преступников европейских стран оси, Устав Международного Военного Трибунала («Нюрнбергский устав») предусматривал юрисдикцию МВТ в отношении «лиц, которые, действуя в интересах европейских стран оси индивидуально или в качестве членов организации, совершили любое из следующих преступлений» (статья 6). Аналогичным образом, уставы как Международного трибунала по бывшей Югославии⁹⁹, так и Международного уголовного трибунала по Руанде¹⁰⁰ предусматривали, что лицо, которое «совершало» преступления против человечности, «несет личную ответственность за это преступление». В Римском статуте Международного уголовного суда предусматривается, что «лицо, которое совершило преступление, подпадающее под юрисдикцию Суда, несет индивидуальную ответственность и подлежит наказанию» и что «лицо подлежит уголовной ответственности и наказанию за преступление, подпадающее под юрисдикцию Суда, если это лицо ...совершает такое преступление индивидуально [или] совместно с другим лицом» (статья 25, пункты 2 и 3(а)). Аналогичным образом, документы, регулирующие деятельность Специального суда по Сьерра-Леоне¹⁰¹, Специальных коллегий по тяжким пре-

⁹⁸ *Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 442, at p. 451, para. 75.

⁹⁹ Обновленный устав Международного трибунала по бывшей Югославии, принят резолюцией 827 (1993) Совета Безопасности 25 мая 1993 года, статья 7, пункт 1.

¹⁰⁰ Устав Международного уголовного трибунала по Руанде, принят Советом Безопасности в его резолюции 955 (1994) от 8 ноября 1994 года, приложение, статья 6, пункт 1.

¹⁰¹ Устав Специального суда по Сьерра-Леоне (S/2002/246, приложение, добавление II, дополнение), статья 6, пункт 1.

ступлениям в Восточном Тиморе¹⁰², чрезвычайных палат в судах Камбоджи¹⁰³, Верховного иракского уголовного трибунала¹⁰⁴ и Чрезвычайных африканских палат в рамках сенегальской судебной системы¹⁰⁵, предусматривают уголовную ответственность для лица, которое «совершает» преступления против человечности.

25. Национальные законы, касающиеся преступлений против человечности, неизменно криминализируют «совершение» таких преступлений. Практически все государства, ответившие на просьбу Комиссии представить информацию об их национальном законодательстве (Австралия¹⁰⁶, Австрия¹⁰⁷, Бельгия¹⁰⁸, Куба¹⁰⁹, Чешская Республика¹¹⁰, Финляндия¹¹¹, Франция¹¹², Германия¹¹³, Нидерланды¹¹⁴, Испания¹¹⁵, Швейцария¹¹⁶, Республика Корея¹¹⁷ и Соединенное Королевство¹¹⁸), указали, что они криминализируют «совершение» преступлений против человечности¹¹⁹.

26. Хотя преступления против человечности совершаются во исполнение политики государства или организации, что наводит на мысль о соучастии, воз-

¹⁰² United Nations Transitional Administration in East Timor, Regulation 2000/15 on the establishment of Panels with exclusive jurisdiction over serious criminal offences (UNTAET/REG/2000/15), sect. 5.

¹⁰³ Закон об учреждении чрезвычайных палат в судах Камбоджи для преследования за преступления, совершенные в период Демократической Кампучии, статья. 5. См. также Соглашение между Организацией Объединенных Наций и Королевским правительством Камбоджи о преследовании в соответствии с камбоджийским правом за преступления, совершенные в период Демократической Кампучии (резолюция 57/228 В Генеральной Ассамблеи от 22 мая 2003 года).

¹⁰⁴ Statute of the Iraqi Special Tribunal, ILM, vol. 43, p. 236, art. 10(b). Временное правительство Ирака в 2005 году ввело в действие новый устав, основанный на ранее принятом уставе, в котором название трибунала было изменено на «Высший иракский уголовный трибунал». См. Law of the Supreme Iraqi Criminal Tribunal, Resolution No. 10, *Official Gazette of the Republic of Iraq*, vol. 47, No. 4006 (18 October 2005).

¹⁰⁵ Statute of the Extraordinary African Chambers within the courts of Senegal created to prosecute international crimes committed in Chad between 7 June 1982 and 1 December 1990, ILM, vol. 52, No. 4 (2013), pp. 1028–1029, arts. 4(b) and 6.

¹⁰⁶ Written comments to the International Law Commission (2016), Австралия, ссылается на раздел 268 своего Уголовного кодекса.

¹⁰⁷ Written comments to the International Law Commission (2015), Австрия, ссылается на раздел 21 своего Уголовного кодекса.

¹⁰⁸ *Ibid.*, Бельгия, ссылается на статью 136 *sexies* своего Уголовного кодекса.

¹⁰⁹ *Ibid.*, Куба, ссылается на статью 18 своего Уголовного кодекса.

¹¹⁰ *Ibid.*, Чешская Республика, ссылается на раздел 401 своего Уголовного кодекса.

¹¹¹ *Ibid.*, Финляндия, ссылается на главу 11, раздел 3, своего Уголовного кодекса.

¹¹² *Ibid.*, Франция, ссылается на статью 212-1 своего Уголовного кодекса.

¹¹³ *Ibid.*, Германия, ссылается на раздел 7 своего Уголовного кодекса.

¹¹⁴ *Ibid.*, Нидерланды, ссылаются на статью 4 своего Уголовного кодекса.

¹¹⁵ *Ibid.*, Испания, ссылается на статью 451 своего Уголовного кодекса.

¹¹⁶ *Ibid.*, Швейцария, ссылается на статью 264а своего Уголовного кодекса.

¹¹⁷ *Ibid.*, Республика Корея, ссылается на статью 9 своего Уголовного кодекса.

¹¹⁸ *Ibid.*, Соединенное Королевство, ссылается на Закон 2001 года о Международном уголовном суде.

¹¹⁹ Договоры, касающиеся других типов преступлений, также неизменно призывают государства-участников принять национальные законы, запрещающие непосредственное совершение этого преступления. Так, Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него предусматривает индивидуальную уголовную ответственность за совершение геноцида (статья III(a)).

можно, на самых высоких уровнях, тем не менее лица на более низких уровнях, совершающие это преступление, несут уголовную ответственность. По мнению некоторых авторов, уголовная ответственность за участие таких лиц в преступлении необходима, поскольку крупномасштабные международные преступления «требуют не только тех, кто планирует и исполняет, но и многочисленных субъектов, которые участвуют — порой просто посредством того, что они делают свою «работу», или потому, что они ладить или не хотят возражать тем, кто является более могущественным, — и которые воедино делают возможным совершение преступления на массовом уровне»¹²⁰. Более того, «совершение» преступления также «может быть связано с несовершением предписанного действия (т.е. невыполнением обязательных действий)»¹²¹.

27. Во-вторых, все такие юрисдикции в той или иной степени также устанавливают уголовную ответственность в отношении лица, которое участвует в преступлении каким-то иным образом, чем «совершение» преступления. Такое поведение может принимать форму «покушения» на совершение преступления или выступления в качестве «соучастника» или «сообщника» в преступлении или покушении на преступление. Что касается «покушения» на совершение преступления, то уставы Международного трибунала по бывшей Югославии¹²², Международного уголовного трибунала по Руанде и Специального суда по Сьерра-Леоне не содержали никакого положения об ответственности такого рода. В отличие от этого Римский статут Международного уголовного суда предусматривает уголовную ответственность для лица, которое покушается на совершение преступления, если только он или она не отказывается от попытки совершить преступление или иным образом предотвращает завершение преступления (статья 25, пункт 3(f)). В деле *Банды и Джербо* Палата предварительного производства заявила, что уголовная ответственность за покушение «требует того, чтобы при обычном ходе событий поведение исполнителя привело [бы] к завершению преступления, если не возникли обстоятельства, не зависящие от исполнителя»¹²³. Что касается ответственности «соучастника» то такая концепция рассматривается в международных документах с использованием различных терминов, таких как «отдача приказа», «подстрекательство», «побуждение», «наущение», «стимулирование», «пособничество и подстрекательство», «сговор с целью совершения», «быть сообщником в», «участвовать в» или «совместная преступная деятельность»¹²⁴.

28. Так, в Нюрнбергском статуте предусмотрено следующее: «Руководители, организаторы, подстрекатели и пособники, участвовавшие в составлении или в осуществлении общего плана или заговора, направленного на совершение любых из вышеупомянутых преступлений, несут ответственность за все дей-

¹²⁰ Cassese *et al.*, p. 381. См. также Bantekas, *International Criminal Law*, pp. 51–75.

¹²¹ O'Keefe, p. 169.

¹²² Обновленный устав Международного трибунала по бывшей Югославии (см. сноску 99 выше).

¹²³ *Prosecutor v. Banda and Jerbo, Case No. ICC-02/05-03/09, corrigendum of the Decision on the Confirmation of Charges of 7 March 2011*, International Criminal Court, Pre-Trial Chamber I, para. 96.

¹²⁴ См. в общем плане van Sliedregt and Jain. Некоторые аспекты криминализации такого участия в преступлении вызывают критику. См., например, Ohlin. Что касается аргумента о том, что все эти виды ответственности могут рассматриваться как относящиеся к унитарной теории совершения преступления, см. Stewart, "The end of 'modes of liability' for international crimes".

ствия, совершенные любыми лицами с целью осуществления такого плана» (статья 6). В своих «Принципах международного права, признанных статутом Нюрнбергского трибунала и нашедших выражение в решении этого Трибунала» Комиссия в принципе VII отметила, что «соучастие» в совершении преступления против человечности «есть международно-правовое преступление»¹²⁵.

29. Аналогичным образом, в статье II Конвенции о неприменимости срока давности к военным преступлениям и преступлениям против человечества предусматривается, что

в случае совершения какого-либо из преступлений, упомянутых в статье I, положения настоящей Конвенции применяются к представителям государственных властей и частным лицам, которые выступают в качестве исполнителей этих преступлений или соучастников таких преступлений, или непосредственно подстрекают других лиц к совершению таких преступлений, или участвуют в заговоре для их совершения, независимо от степени их завершенности, равно как и к представителям государственных властей, допускающим их совершение.

30. В Уставе Международного трибунала по бывшей Югославии предусмотрено: «Лицо, которое планировало, подстрекало, приказывало, совершало или иным образом содействовало или подстрекало к планированию, подготовке или совершению преступления, указанного в статьях 2–5 настоящего Устава, несет личную ответственность за это преступление»¹²⁶, а в Уставе Международного уголовного трибунала по Руанде используется практически та же формулировка¹²⁷. Оба трибунала осуждали обвиняемых за участие в преступлениях в пределах их соответствующей юрисдикции¹²⁸. Аналогичным образом, инструменты, регулирующие деятельность Специального суда по Сьерра-Леоне¹²⁹, Специальных коллегий по тяжким преступлениям в Восточном Тиморе¹³⁰, чрезвычайных палат в судах Камбоджи¹³¹, Верховного иракского уголовного трибунала¹³² и Чрезвычайных африканских палат в рамках сенегальской судебной системы¹³³, предусматривают уголовную ответственность для

¹²⁵ *Yearbook ... 1950*, vol. II, p. 377.

¹²⁶ Статья 7, пункт 1. Такая уголовная ответственность проанализирована в различных решениях Трибунала. См., например, *Prosecutor v. Duško Tadić, Case No. IT-94-I-A, Judgment of 15 July 1999*, International Tribunal for the Former Yugoslavia, Appeals Chamber, para. 220 (считает, что «понятие общего умысла в качестве одного из видов ответственности сообщника твердо закреплено в обычном международном праве»).

¹²⁷ Устав Международного уголовного трибунала по Руанде (см. сноску 100 выше), статья 6, пункт 1.

¹²⁸ См., например, *Prosecutor v. Anto Furundžija, Case No. IT-95-17/1-T, Judgment of 10 December 1998*, Trial Chamber II, and ILM, vol. 38, No. 2 (March 1999), para. 246 (постановляет, что, «если ему известно о том, что одно из ряда преступлений будет, возможно, совершено, и одно из этих преступлений действительно совершается, он намеревался способствовать совершению этого преступления и он виновен как пособник и подстрекатель»).

¹²⁹ Устав Специального суда по Сьерра-Леоне (см. сноску 101 выше), статья 6, пункт 1.

¹³⁰ UNTAET/REG/2000/15 (см. сноску 102 выше), sect. 14.

¹³¹ Закон об учреждении чрезвычайных палат в судах Камбоджи для преследования за преступления, совершенные в период Демократической Кампучии (см. сноску 103 выше), статья 29.

¹³² Statute of the Iraqi Special Tribunal (см. сноску 104 выше), art. 15.

¹³³ Statute of the Extraordinary African Chambers within the courts of Senegal created to prosecute international crimes committed in Chad between 7 June 1982 and 1 December 1990 (см. сноску 105 выше), art. 10.

лица, которое в той или иной форме участвует в совершении преступлений против человечности.

31. В статье 2 своего проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества от 1996 года Комиссия предусмотрела несколько типов личной ответственности, относящейся, в частности, к преступлениям против человечности, в конкретном плане когда исполнитель:

- a) умышленно совершает такое преступление;
- b) отдает приказание о совершении такого преступления, которое фактически совершается или имеет место попытка его совершения;
- c) не предотвращает или не пресекает совершения такого преступления [, когда с подчиненным существуют отношения начальника или командира];
- d) осознанно помогает, подстрекает или иным образом способствует, непосредственно и существенно, совершению такого преступления, включая предоставление средств для его совершения;
- e) непосредственно участвует в планировании или сговоре с целью совершения такого преступления, которое фактически совершается;
- f) непосредственно и открыто подстрекает другое лицо к совершению такого преступления, которое фактически совершается;
- g) совершает покушение на такое преступление путем принятия действий к началу исполнения преступления, которое фактически не совершается по обстоятельствам, не зависящим от его намерений¹³⁴.

32. Римский статут Международного уголовного суда предусматривает уголовную ответственность, если лицо совершает «такое преступление ... через другое лицо», если лицо «приказывает, подстрекает или побуждает совершить такое преступление, если это преступление совершается или если имеет место покушение на это преступление», если лицо «с целью облегчить совершение такого преступления пособничает, подстрекает или каким-либо иным образом содействует его совершению или покушению на него, включая предоставление средств для его совершения», или если лицо «любым другим образом способствует совершению или покушению на совершение такого преступления группой лиц, действующих с общей целью», при определенных условиях¹³⁵.

33. Используемая в этих различных документах концепция «отдачи приказа» о преступлении отличается от (и дополняет) концепции ответственности «командиров» или других начальников, которая рассматривается в следующем подразделе. Здесь «отдача приказа» касается уголовной ответственности начальника за дачу утвердительного указания о совершении действия, представляющего собой преступление. В отличие от этого ответственность командиров или других начальников касается уголовной ответственности начальника за *бездействие*; конкретно, в ситуациях, когда начальник знал или имел основания знать, что подчиненные собирались совершить или совершили такие действия, и начальник не принял необходимых и разумных мер для предотвращения таких действий или для наказания лиц, совершивших преступления. Помимо этого, используемые в этих различных документах смежные концепции «подстрекательства», «побуждения», «пособничества» и «содействия» в

¹³⁴ Ежегодник ... 1996 год, том II (Часть вторая), стр. 18–19.

¹³⁵ Статья 25, пункт 3(a)–(d). Что касается комментария, см. Finnin.

совершении преступления включают склонение, предложение или подстрекательство другого лица к совершению действия, представляющего собой преступление; эти концепции не требуют никаких отношений между начальником и подчиненным¹³⁶.

34. Касаясь сферы уголовной ответственности за «причастное» участие в преступлении, Международный трибунал по бывшей Югославии в деле *Тадича* разъяснил, что:

все те, кто был причастен к серьезным нарушениям международного гуманитарного права, независимо от того, каким образом они, возможно, совершались, или участвовал в совершении этих нарушений, должны привлекаться к ответственности. Если это так, то справедливо сделать вывод о том, что Устав не ограничивается тем, чтобы предусматривать юрисдикцию в отношении лиц, которые планируют, подстрекают, отдают приказ, физически совершают преступление или иным образом оказывают пособничество и подстрекательство в его планировании, подготовке или совершении Он не исключает те виды участия в совершении преступлений, которые имеют место тогда, когда несколько человек, имеющих общую цель, прибегают к преступной деятельности, которая затем осуществляется либо совместно, либо некоторыми членами из этой множественности лиц. Кто бы ни содействовал совершению преступлений группой лиц или некоторыми членами группы в порядке реализации общей преступной цели может рассматриваться как подлежащий уголовной ответственности, с учетом определенных условий¹³⁷.

35. Многие национальные законы также предусматривают уголовную ответственность за такую причастность к совершению преступлений против человечности, используя несколько различные термины и формулировки. Например, в Уголовном кодексе Кубы сформулированы различные виды ответственности за преступления против человечности, выходящие за рамки «совершения» акта, поскольку они касаются следующих категорий:

- a) лица, которые сами совершают преступление;
- b) лица, которые планируют преступление и его исполнение;
- c) лица, которые заставляют другое несущее уголовную ответственность лицо совершить преступление;
- ch) лица, которые участвуют в совершении преступного деяния посредством осуществления действий, без которых это деяние не могло бы быть совершено; и
- d) лица, которые совершают преступление через посредство другого лица, которое не является исполнителем или которое не подлежит наказанию, либо которое не несет уголовную ответственность за преступление, поскольку они действовали по причине насилия, принуждения или обмана¹³⁸.

36. И действительно, Куба утверждает, что «в случае преступлений против человечности, достоинства человека ... и преступлений, указанных в международных договорах, все несущие уголовную ответственность лица считаются

¹³⁶ См. в общем плане Ambos, "Article 25...", pp. 743–770; и O'Keefe, pp. 188–192.

¹³⁷ *Prosecutor v. Duško Tadić* (см. сноску 126 выше), para. 190. См. также *Prosecutor v. Radoslav Brđanin, Case No. IT-99-36-A, Judgment of 3 April 2007*, International Tribunal for the Former Yugoslavia, Appeals Chamber; and *Prosecutor v. Milan Martić, Case No. IT-95-11-A, Judgment of 8 October 2008*, International Tribunal for the Former Yugoslavia, Appeals Chamber.

¹³⁸ Written comments to the International Law Commission (2015), Куба, ссылается на статью 18, пункт 2, своего Уголовного кодекса. См. также *ibid.*, Германия, ссылается на раздел 2, пункт (5), своего Уголовного кодекса.

виновными, независимо от характера их причастности»¹³⁹. Другие государства также касаются покушения на совершение или участия в совершении преступлений против человечности. Например, Финляндия допускает, что «покушение заслуживает наказания», в разделе своего законодательства, применимого к преступлениям против человечности¹⁴⁰. Республика Корея предусматривает наказание за «любое покушение на совершение преступления», являющегося преступлением против человечности¹⁴¹. Соединенное Королевство «устанавливает ответственность как главного исполнителя, так и соучастника в отношении преступлений против человечности. В частности, ...Закон 2001 года [о Международном уголовном суде (МУС)] ясно указывает на то, что нижеследующие преступления являются «сопутствующими» по отношению к преступлениям против человечности: а) пособничество, подстрекательство, консультирование или обеспечение совершения преступления, б) наущение лица к совершению преступления, в) покушение или заговор с целью совершить преступление либо д) оказание содействия преступнику или сокрытие совершения преступления»¹⁴².

37. В деле *Зазай* против *Канады* канадский апелляционный суд разъяснил характер соучастия в контексте судебного преследования за преступления против человечности:

В системе обычного права и в соответствии с канадским уголовным правом [соучастие] было и остается формой совершения преступления. Оно означает действие или бездействие лица, которое помогает — или осуществляется с целью помочь — совершению преступления. Затем соучастник обвиняется в преступлении и предстает перед судом за преступление, которое было реально осуществлено и которому он содействовал или способствовал. Иными словами, независимо от того, рассматривается ли оно с точки зрения внутригосударственного права или международного права, соучастие предусматривает содействие совершению преступления¹⁴³.

38. Таким образом, обвиняемый по этому делу был признан виновным, поскольку он

являлся по доброй воле и с выгодой для себя членом организации, которая существовала лишь с ограниченной жестокой целью, а именно ликвидация антиправительственной деятельности и совершение преступлений, которые представляют собой или могут быть охарактеризованы как преступления против человечности. Он знал, что организация, в которой он участвовал и которой он помогал, совершала преступления в виде пыток и убийства¹⁴⁴.

¹³⁹ *Ibid.*, Куба, ссылается на статью 18, пункт 4, своего Уголовного кодекса.

¹⁴⁰ *Ibid.*, Финляндия, ссылается на главу 11, раздел 3, своего Уголовного кодекса. См. также *ibid.*, Австрия, ссылается на раздел 321b, пункты 4–5, своего Уголовного кодекса; Канада, ссылается на Закон о преступлениях против человечности и военных преступлениях (S.C. 2000, с. 24) от 29 июня 2000 года, раздел 4, пункт (1.1), имеется по адресу laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-45.9/FullText.html; и United States Code, Title 18, section 1091.

¹⁴¹ Written comments to the International Law Commission (2015), Республика Корея, ссылается на статью 9, пункт (5), своего Уголовного кодекса. См. также *ibid.*, Бельгия, ссылается на статью 136 *sexies-septies* своего Уголовного кодекса.

¹⁴² *Ibid.*, Соединенное Королевство.

¹⁴³ *Zazai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, No. 2005 FCA 303, Judgment of 20 September 2005, Federal Court of Appeal Decisions, paras. 13–14.

¹⁴⁴ *Ibid.*, para. 26.

39. Договоры, касающиеся преступлений, помимо преступлений против человечности, обычно предусматривают уголовную ответственность для лиц, которые участвуют в совершении преступления, используя широкую терминологию, которая не ставит целью потребовать от государств изменения предпочтительной терминологии или методов, укоренившихся в национальном законодательстве. Иными словами, такие договоры используют общие термины, а не детальные формулировки, позволяя государствам определять контуры уголовной ответственности в рамках национальных правовых норм или юриспруденции. Например, в пункте 2 статьи 15 Второго протокола к Гаагской конвенции о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта от 1999 года предусматривается:

Каждая Сторона принимает такие меры, какие могут оказаться необходимыми, для признания уголовными преступлениями согласно ее внутреннему законодательству деяний, предусмотренных в настоящей статье, и для установления для таких преступлений соответствующих наказаний. При этом Стороны соблюдают общие принципы права и международного права, в том числе нормы, распространяющие индивидуальную уголовную ответственность на других лиц, помимо тех, кто непосредственно совершил деяние.

40. Хотя общая формулировка, используемая в современных международных договорах, касающихся совершения и покушения на совершение преступления и участия в преступлении, может быть различной, сжатая недавняя формулировка фигурирует в пункте 1(а) статьи 6 Международной конвенции для защиты всех лиц от насильственных исчезновений: «Каждое государство-участник принимает необходимые меры с целью привлечения к уголовной ответственности по крайней мере ... любого лица, которое совершает акт насильственного исчезновения, приказывает, подстрекает или побуждает его совершить, покушается на его совершение, является его пособником или участвует в нем».

41. Большей частью уголовная ответственность согласно международной и национальной судебной практике касается ответственности физических лиц, а не юридических лиц (например, корпораций). Однако уголовная ответственность юридических лиц в последние годы стала отличительной чертой многих национальных юрисдикций¹⁴⁵. Более того, в некоторых из этих национальных юрисдикций такая ответственность существует в отношении международных преступлений¹⁴⁶, что стимулировало призывы к развитию права в этой области¹⁴⁷. И все же уголовная ответственность для корпораций не получила еди-

¹⁴⁵ См. de Doelder and Tiedemann (анализируются позиции государств в целом); Brickey, (обсуждается история уголовной ответственности юридических лиц в Соединенных Штатах); Hasnas (то же самое); Gobert and Pascal (анализируется уголовная ответственность юридических лиц в 16 европейских юрисдикциях); и Vermeulen, De Bondt and Ruckman (отмечается, что уголовная ответственность юридического лица возникла в европейских странах лишь в 1976 году в Нидерландах). См. также Couturier; Fisse and Braithwaite; Wells; Kyriakakis, "Prosecuting corporations for international crimes..."; Pieth and Ivory; и Stewart, "The turn to corporate criminal liability..."

¹⁴⁶ См. Ramasastry and Thompson (исследуются 16 правовых систем и устанавливается, что уголовная ответственность юридических лиц за международные преступления предусмотрена во многих из них). См. также Amann; and Stewart, "A pragmatic critique of corporate criminal theory".

¹⁴⁷ См., например, Clapham, "Extending international criminal law..."; Kelly; Stoitchkova; и van der Wilt, "Corporate criminal responsibility for international crimes".

нообразного признания во всем мире¹⁴⁸, и подход, принятый в тех юрисдикциях, где она признана, может существенно разниться¹⁴⁹.

42. До сих пор уголовная ответственность юридических лиц не фигурировала сколь-либо заметным образом ни в одном из международных уголовных судов или трибуналов. Нюрнбергский устав уполномочил МВТ обозначать любую группу или организацию в качестве преступной¹⁵⁰, и в ходе работы МВТ, а также последующей работы на основании закона № 10 Контрольного совета¹⁵¹ ряд нацистских организаций были обозначены в качестве таковых. В конечном счете, однако, эти послевоенные трибуналы судили и наказали лишь физических лиц¹⁵². Аналогичным образом, Международный трибунал по бывшей Югославии и Международный уголовный трибунал по Руанде не имели никакой уголовной юрисдикции в отношении корпораций или иных юридических лиц, точно так же, как и Специальный суд по Сьерра-Леоне, Специальные коллегии по тяжким преступлениям в Восточном Тиморе, чрезвычайные палаты в судах Камбоджи, Верховный иракский уголовный трибунал и Чрезвычайные африканские палаты в рамках сенегальской судебной системы. Разработчики Римского статута Международного уголовного суда отметили, что «имеются серьезные расхождения во мнениях относительно целесообразности включе-

¹⁴⁸ См., например, the Harvard Law Review Association, p. 2031 (устанавливается, что многие государства не признают ответственность юридического лица в своем национальном законодательстве).

¹⁴⁹ Например, в Швейцарии уголовная ответственность юридического лица возникает только тогда, когда преступление или уголовный проступок, совершенные в рамках предпринимательской деятельности, не могут вменены в вину тому или иному конкретному лицу, связанному с этой деятельностью. См. Criminal Code of Switzerland, art. 102(1), SR 311.0.

¹⁵⁰ Статья 9 («При рассмотрении дела о любом отдельном члене той или иной группы или организации Трибунал может (в связи с любым действием, за которое это лицо будет осуждено) признать, что группа или организация, членом которой подсудимый являлся, была преступной организацией»).

¹⁵¹ Control Council Law No. 10, in *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals*, vol. I, Washington D.C., United States Government Printing Office, pp. XVI–XIX.

¹⁵² См., например, *United States v. Krauch et al.*, ("The I.G. Farben Case"), in *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals*, vols. VII–VIII, Washington D.C., United States Government Printing Office, 1952. В связи с этим делом Трибунал установил, что, «когда частное лицо или юридическое лицо становится стороной незаконной конфискации государственной или частной собственности путем планирования и осуществления четко определенного плана приобретения такой собственности на постоянной основе, приобретение при таких обстоятельствах после конфискации представляет собой деяние, нарушающее Гаагскую конвенцию». *Ibid.*, vol. VIII, pp. 1132–1133. Кроме того, Трибунал установил, что «доказательства однозначно подтверждают, что преступления против собственности, как они определены в законе № 10 Контрольного совета, были совершены концерном «Фарбен [И. Г.]» и что эти преступления были связаны с германской политикой в отношении оккупированных стран, как она была описана выше, и являлись ее неотъемлемой частью. [...] Действия концерна «Фарбен [И. Г.]» и его представителей при этих обстоятельствах нельзя отличить от актов грабежа или разграбления, совершавшихся солдатами, офицерами или государственными чиновниками германского рейха». *Ibid.*, p. 1140. В конечном итоге, однако, «корпорация-ответчик, концерн «Фарбен [И. Г.]», не предана суду Трибунала и не может быть подвергнута уголовным наказаниям в ходе этого разбирательства». *Ibid.*, p. 1153. Что касается анализа Нюрнбергского наследия в этом отношении, см. Bush.

ния в статут положения об уголовной ответственности юридических лиц»¹⁵³, и, хотя предложения о включении положения об уголовной ответственности юридических лиц вносились, в конечном итоге в Статуте нет такого положения¹⁵⁴.

43. Одним недавним исключением, однако, является, по-видимому, протокол Африканского союза от июня 2014 года о внесении поправок в статут Африканского суда по правам человека; как только этот протокол вступит в силу, он предоставит преобразованному Африканскому суду правомочия судить корпорации за международные преступления, включая преступления против человечности¹⁵⁵. Помимо этого, хотя Специальному трибуналу по Ливану не были определено предоставлены полномочия в отношении корпораций (или в отношении преступлений против человечности), апелляционная коллегия этого Трибунала пришла в 2014 году к заключению о том, что та или иная корпорация может преследоваться в судебном порядке за неуважение к суду (в силу предполагаемого раскрытия личности пользующихся защитой свидетелей)¹⁵⁶. В частности, коллегия заключила, что «нынешние международные нормы прав человека позволяют толковать термин «лицо» как включающий юридические лица для целей» рассмотрения дел о неуважении¹⁵⁷.

44. Такая уголовная ответственность не была определено включена во многие договоры, касающиеся преступлений, включая Конвенцию о предупреждении преступления геноцида и наказании за него, Женевские конвенции о защите жертв войны, Конвенцию о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов, Конвенцию против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания и Международную конвенцию для защиты всех лиц от насильственных исчезновений. Некоторые недавние договоры, обычно нацеленные против финансовых операций¹⁵⁸,

¹⁵³ Проект статута международного уголовного суда, содержится в докладе Подготовительного комитета по вопросу об учреждении Международного уголовного суда (A/CONF.183/2/Add.1), статья 23, пункт 6, сноска 3.

¹⁵⁴ См. Kyriakakis, "Corporate criminal liability and the ICC Statute".

¹⁵⁵ См. Draft Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights as at Thursday 15 May 2014 (STC/Legal/Min/7(I) Rev. 1), art. 46C, paragraph 1 (предусматривается, что «для целей настоящего Статута Суд обладает юрисдикцией над юридическими лицами, за исключением государств»).

¹⁵⁶ *New TV S.A.L. Karma Mohamed Tashin Al Khayat, Case No. STL-14-05/PT/AP/AR126.1, Appeals Panel, Decision of 2 October 2014 on interlocutory appeal concerning personal jurisdiction in contempt proceedings*, Special Tribunal for Lebanon.

¹⁵⁷ *Ibid.*, para. 60. После краткого обследования договоров, содержащих ссылки на уголовную ответственность юридических лиц, Апелляционная коллегия установила, что: «ответственность юридических лиц за серьезный ущерб является характерной особенностью большинства правовых систем мира и поэтому может быть названа общим принципом права. Государства все еще расходятся во мнениях относительно того, является ли такая ответственность гражданской или уголовной, либо и одной, и другой. Однако апелляционная коллегия считает, что с учетом всех описанных выше изменений уголовная ответственность юридических лиц находится на грани получения, по меньшей мере, статуса общего принципа права, применимого в рамках международного права». *Ibid.*, para. 67.

¹⁵⁸ Однако см. Международную конвенцию о пресечении преступления *апартеида* и наказании за него, статья I, пункт (2) («Государства — участники настоящей Конвенции

все-таки призывают к принятию национальных законов, касающихся ответственности юридических лиц¹⁵⁹. Однако даже в этом случае соответствующее положение обычно не требует *уголовных* санкций, а вместо этого предусматривает, что в зависимости от «правовых принципов государства-участника ответственность юридических лиц может быть уголовной, гражданской или административной»¹⁶⁰.

D. Ответственность командиров или других начальников

45. Отдельно от отдачи лицу приказа о совершении преступления (этот вопрос рассматривается в предшествующем подразделе) большинство юрисдикций устанавливают уголовную ответственность для военного командира или другого начальника за преступление, совершенное подчиненными в определенных обстоятельствах — этот вид уголовной ответственности именуется

объявляют преступными организации, учреждения и отдельных лиц, совершающих преступление *апартеида*»).

¹⁵⁹ Базельская конвенция о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением, статья 2, пункт 14 («Для целей настоящей Конвенции: ...«лицо» означает любое физическое или юридическое лицо»); и статья 4, пункт 3 («Стороны считают незаконный оборот опасных или других отходов преступным деянием»).

¹⁶⁰ Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма, статья 5, пункт 1 («Каждое государство-участник в соответствии с принципами своего внутреннего права принимает необходимые меры для того, чтобы можно было привлечь юридическое лицо, находящееся на его территории или учрежденное по его законам, к ответственности в случае совершения физическим лицом, ответственным за управление этим юридическим лицом, или контроль за ним, которое выступает в своем официальном качестве, преступления ... Такая ответственность может носить уголовный, гражданский или административный характер»); Конвенция Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности, статья 10, пункт 2 («При условии соблюдения правовых принципов Государства-участника ответственность юридических лиц может быть уголовной, гражданско-правовой или административной»); и Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции, статья 26, пункт 2 (то же самое). См. также Конвенцию Совета Европы о предупреждении терроризма, статья 10, пункт 2 («В соответствии с правовыми принципами Сторон ответственность юридических лиц может быть уголовной, гражданской или административной»); Конвенцию по борьбе с подкупом иностранных должностных лиц при осуществлении международных коммерческих сделок, статья 2 («Каждая Сторона в соответствии со своими правовыми принципами принимает необходимые меры, предусматривающие ответственность юридических лиц за подкуп иностранного должностного лица») и статья 3, пункт 3 («Каждая Сторона принимает все необходимые меры к тому, чтобы сумма подкупа и доходы от подкупа иностранного должностного лица, а также имущество, стоимость которого соответствует указанным доходам, подлежали изъятию или конфискации либо наложению штрафов, обеспечивающим соразмерный эффект»); и Второй протокол, составленный на основе статьи К.3 договора о Европейском союзе, к Конвенции о защите финансовых интересов Европейских сообществ, статья 3, пункт 1 (об ответственности юридических лиц: «Каждое государство-член принимает необходимые меры для обеспечения того, чтобы юридические лица могли быть привлечены к ответственности за мошенничество, активную коррупцию и отмывание денег, совершенные в их интересах любым лицом, действующим либо индивидуально, либо как часто того или иного органа этого юридического лица, которое занимает лидирующее положение в этом юридическом лице»); и статья 4 (о санкциях в отношении юридических лиц: «Каждое государство-член принимает необходимые меры для обеспечения того, чтобы юридическое лицо, привлеченное к ответственности в соответствии со статьей 3 (I), подвергалось наказанию посредством эффективных, соразмерных и оказывающих сдерживающее воздействие санкций, которые включают уголовные и неуголовные штрафы»).

«ответственностью командиров» или «ответственностью начальников»¹⁶¹. Однако не все действия, совершенные подчиненными, вменяются в вину тем, кто ими командует; взамен этого, требуется определенная форма невыполнения обязанностей командиром. Так, в рамках процесса над верховным командованием (один из 12 Нюрнбергских судебных процессов, проведенных властями Соединенных Штатов) трибунал отметил следующее:

Вышестоящий командир не может быть полностью информирован о деталях военных операций, проводимых подчиненными, и, само собой разумеется, о каждой административной мере. Он имеет право полагать, что детали, доверенные ответственным подчиненным, будут осуществляться законным порядком. Президент Соединенных Штатов является главнокомандующим их вооруженных сил. Преступные деяния, совершенные этими силами, не могут сами по себе инкриминироваться ему на основании теории подчинения. То же самое относится к другим вышестоящим командирам в цепочке командования. Винодность не вменяется каждому лицу в этой цепочке командования в силу одного только этого факта. Должна быть проявлена личная халатность. Это может произойти только тогда, когда деяние прослеживается напрямую к нему или когда его неспособность надлежащим образом наблюдать за своими подчиненными приравнивается к преступной небрежности с его стороны. В последнем случае речь должна идти о личной халатности, равносильной бессмысленному, безнравственному пренебрежению действиями его подчиненных, приравниваемому к молчаливому согласию. Любой иное толкование международного права заведет далеко за пределы основных принципов уголовного права, известных цивилизованным странам¹⁶².

46. Примечательно то, что Нюрнбергский трибунал и Международный Военный Трибунал для Дальнего Востока использовали ответственность командиров в отношении как военных, так и гражданских командиров¹⁶³, и этот подход оказал влияние на более поздние трибуналы. Как было указано Судебной камерой Международного уголовного трибунала по Руанде в деле *Обвинитель против Мусеми*, «что же касается того, применяется ли тот вид индивидуальной уголовной ответственности, о котором идет речь в статье 6(3) Устава [Международного уголовного трибунала по Руанде], к лицам как в военном, так и в гражданском руководстве, важно отметить, что в ходе процессов, проведенных Международным Военным Трибуналом для Дальнего Востока, гражданские власти были осуждены в военных преступлениях на основании этого принципа»¹⁶⁴.

47. И действительно, современные международные уголовные суды и трибуналы предусматривают уголовную ответственность командиров. Устав Международного трибунала по бывшей Югославии предусматривает, что «тот факт, что любое из деяний, упомянутых в статьях 2–5 настоящего Устава, было совершено подчиненным, не освобождает его начальника от уголовной ответственности, если он знал или должен был знать, что подчиненный собирается совершить или совершил такое деяние, и если начальник не принял необходимых и разумных мер по предотвращению таких деяний или наказанию совер-

¹⁶¹ Что касается комментариев, см. Lael; Bantekas, “The contemporary law of superior responsibility”; Damaška; и Sepinwall.

¹⁶² *United States v. von Leeb, et al.* (“The High Command Case”), in *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals*, vol. XI, Washington D.C., United States Government Printing Office, 1950, pp. 543–544.

¹⁶³ См., например, Bassiouni, p. 461; и Heller, pp. 262–263.

¹⁶⁴ *Prosecutor v. Musema*, Case No. ICTR-96-13-A, Judgment and Sentence of 27 January 2000, International Tribunal for Rwanda, Trial Chamber I, para. 132.

шивших их лиц»¹⁶⁵, и несколько обвиняемых были осуждены МТБЮ на основе такой ответственности командиров¹⁶⁶. Та же формулировка фигурирует в Уставе Международного уголовного трибунала по Руанде¹⁶⁷, и этот Трибунал также осуждал обвиняемых на основе ответственности командиров¹⁶⁸. Аналогичная формулировка содержится в документах, регулирующих деятельность Специального суда по Сьерра-Леоне¹⁶⁹, Специального трибунала по Ливану¹⁷⁰, Специальных коллегий по тяжким преступлениям в Восточном Тиморе¹⁷¹, чрезвычайных палат в судах Камбоджи¹⁷², Верховного иракского уголовного трибунала¹⁷³ и Чрезвычайных африканских палат в рамках сенегальской судебной системы¹⁷⁴.

48. В статье 6 подготовленного Комиссией в 1996 году проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества сказано:

Факт совершения преступления против мира и безопасности человечества подчиненным не освобождает его вышестоящих должностных лиц от уголовной ответственности, если они знали или имели основание знать в тех обстоятельствах, что этот подчиненный совершает или собирается совершить такое преступление, и если они не приняли все необходимые меры в рамках своих полномочий в целях предупреждения или пресечения этого преступления¹⁷⁵.

49. В статье 28 Римского статута Международного уголовного суда¹⁷⁶ содержится детальная норма, согласно которой уголовная ответственность применя-

¹⁶⁵ Обновленный устав Международного трибунала по бывшей Югославии (см. сноску 99 выше), статья 7, пункт 3.

¹⁶⁶ См., например, *Prosecutor v. Aleksovski*, Case No. IT-95-14/1-T, Judgment of 25 June 1999, International Tribunal for the Former Yugoslavia, Trial Chamber, Judicial Reports 1999, pp. 535–761, at pp. 565–573, paras. 66–77; и *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-T, Judgment of 16 November 1998, International Tribunal for the Former Yugoslavia, Trial Chamber, paras. 330–400 and 605–810.

¹⁶⁷ Устав Международного уголовного трибунала по Руанде (см. сноску 100 выше), статья 6, пункт 3.

¹⁶⁸ См. *Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4, Judgment of 2 September 1998, International Tribunal for Rwanda, Trial Chamber; and *Prosecutor v. Kambanda*, Case No. ICTR-97-23-S, Judgment and Sentence of 4 September 1998, International Tribunal for Rwanda, Trial Chamber.

¹⁶⁹ Устав Специального суда по Сьерра-Леоне (см. сноску 101 выше), статья 6, пункт 3.

¹⁷⁰ Устав Специального трибунала по Ливану (S/RES/1757 (2007), дополнение), статья 3, пункт 2.

¹⁷¹ UNTAET/REG/2000/15 (см. сноску 102 выше), sect. 16.

¹⁷² Закон об учреждении чрезвычайных палат в судах Камбоджи для преследования за преступления, совершенные в период Демократической Кампучии (см. сноску 1033 выше), статья 29.

¹⁷³ Statute of the Iraqi Special Tribunal (см. сноску 104 выше), art. 15.

¹⁷⁴ Statute of the Extraordinary African Chambers within the courts of Senegal created to prosecute international crimes committed in Chad between 7 June 1982 and 1 December 1990 (см. сноску 105 выше), art. 10, para. 4.

¹⁷⁵ Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества (см. сноску 134 выше), стр. 25.

¹⁷⁶ В пункте (а) статьи 28, озаглавленной «Ответственность командиров и других начальников», предусматривается, что:

«Военный командир или лицо, эффективно действующее в качестве военного командира, подлежит уголовной ответственности за преступления, подпадающие под юрисдикцию Суда, совершенные силами, находящимися под его эффективным командованием и контролем либо, в зависимости от обстоятельств, под его эффективной властью и контролем, в результате неосуществления им контроля надлежащим образом над такими силами, когда:

ется к военному командиру или лицу, эффективно действующему в качестве военного командира, в связи с действиями других¹⁷⁷. В общем и целом, уголовная ответственность возникает тогда, когда: а) существует отношение подчинения; б) командир знал или должен был знать, что подчиненные совершают или собираются совершить преступление; и с) командир не принял всех необходимых и разумных мер в рамках его полномочий для предотвращения или пресечения их совершения или для передачи данного вопроса для расследования и уголовного преследования. Эта норма начала оказывать влияние на развитие теории «ответственности командиров» в национальных правовых системах, причем как в уголовном, так и в гражданском контекстах¹⁷⁸.

50. В статье 28 также рассматривается вопрос об «отношениях начальника и подчиненного», возникающих в невоенном или гражданском контексте. Такие начальники включают гражданских лиц, которые «руководят» военной деятельностью, но не «врезаны» в нее¹⁷⁹. Здесь уголовная ответственность возникает тогда, когда: а) существует отношение подчинения; б) гражданский начальник знал или сознательно проигнорировал информацию в отношении преступлений; с) преступления касались деятельности, подпадающей под эффективную ответственность и контроль начальника; и d) начальник не принял всех необходимых и разумных мер в рамках его полномочий для предотвращения или пресечения совершения всех преступлений или для передачи данного вопроса для расследования и уголовного преследования¹⁸⁰.

i) такой военный командир или такое лицо либо знало, либо, в сложившихся на тот момент обстоятельствах, должно было знать, что эти силы совершали или намеревались совершить такие преступления; и

ii) такой военный командир или такое лицо не приняло всех необходимых и разумных мер в рамках его полномочий для предотвращения или пресечения их совершения либо для передачи данного вопроса в компетентные органы для расследования и уголовного преследования».

¹⁷⁷ См., например, *Prosecutor v. Kordić and Čerkez, Case. No. IT-95-14/2-T, Judgment of 26 February 2001*, International Tribunal for the Former Yugoslavia, Trial Chamber, para. 369 («Следует подчеркнуть, что доктрина ответственности командиров не признает начальника ответственным просто потому, что он занимает руководящую должность, поскольку, чтобы начальник подлежал ответственности, необходимо доказать, что он «знал или имел основания знать» о преступлениях и не принял мер для их предотвращения или наказания за них. Поэтому ответственность начальников, которая представляет собой тип вменяемой ответственности, не является одной из форм строгой ответственности»).

¹⁷⁸ См., например, *Ford v. Garcia*, 289 F.3d 1283 (11th Cir. 2002); см. также Van Schaack, p. 1217.

¹⁷⁹ Ronen, p. 347.

¹⁸⁰ В пункте (b) статьи 28 предусмотрено, что:

«Применительно к отношениям начальника и подчиненного, не описанным в пункте (а), начальник подлежит уголовной ответственности за преступления, подпадающие под юрисдикцию Суда, совершенные подчиненными, находящимися под его эффективной властью и контролем, в результате неосуществления им контроля надлежащим образом над такими подчиненными, когда:

i) начальник либо знал, либо сознательно проигнорировал информацию, которая явно указывала на то, что подчиненные совершали или намеревались совершить такие преступления;

51. В национальных законах также содержится этот тип уголовной ответственности за военные преступления, геноцид и преступления против человечности, однако государства используют несколько различающиеся стандарты, которые порой не повторяют норму Римского статута Международного уголовного суда. Например, в национальном законе Канады предусматривается:

Начальник совершает преступление, преследуемое по обвинительному акту, если начальник не осуществляет надлежащим образом контроля над лицом, находящимся под его эффективной властью и контролем...; начальник знает, что это лицо собирается совершить или совершает такое преступление, либо сознательно игнорирует информацию, которая ясно указывает на то, что такое преступление вскоре будет совершено или совершается этим лицом; преступление относится к деятельности, в отношении которой начальник пользуется эффективной властью и контролем; и впоследствии начальник не принимает, как только это практически осуществимо, все необходимые и разумные меры в пределах его полномочий для предотвращения или пресечения совершения преступления либо дальнейшего совершения преступлений¹⁸¹.

Ряд государств имеют аналогичные положения, включая Австралию¹⁸², Францию¹⁸³, Германию¹⁸⁴, Мальту¹⁸⁵, Нидерланды¹⁸⁶, Новую Зеландию¹⁸⁷, Испанию¹⁸⁸, Соединенное Королевство¹⁸⁹, Соединенные Штаты Америки¹⁹⁰ и Уругвай¹⁹¹. Некоторые государства, такие как Аргентина¹⁹² и Эквадор¹⁹³, которые

ii) преступления затрагивали деятельность, подпадающую под эффективную ответственность и контроль начальника; и

iii) начальник не принял всех необходимых и разумных мер в рамках его полномочий для предотвращения или пресечения их совершения либо для передачи данного вопроса в компетентные органы для расследования и уголовного преследования».

¹⁸¹ Crimes Against Humanity and War Crimes Act (S.C. 2000, с. 24) of 29 June 2000, sect. 5(2)(a)–(d), имеется по адресу laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-45.9/FullText.html.

¹⁸² International Criminal Court (Consequential Amendments) Act 2002, No. 42, 2002, article 268.115, имеется по адресу www.comlaw.gov.au/Details/C2004A00993.

¹⁸³ Written comments to the International Law Commission (2015), Франция, ссылается на статью 214-4-1 своего Уголовного кодекса.

¹⁸⁴ Act to Introduce the Code of Crimes Against International Law of 26 June 2002, sects. 4, 13 and 14, имеется по адресу www.iuscomp.org/gla/statutes/VoeStGB.pdf.

¹⁸⁵ International Criminal Court Act, Act XXIV of 2002, part 54E, имеется по адресу www.iccnw.org/documents/MaltaDraftICImpLeg.pdf.

¹⁸⁶ Act of 19 June 2003 containing rules concerning serious violations of international humanitarian law (International Crimes Act), sect. 9, имеется по адресу [www.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/0/2a6d559625223f62c12577d0003be499/\\$FILE/60466371.pdf](http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/0/2a6d559625223f62c12577d0003be499/$FILE/60466371.pdf)/Netherlands%20International%20Crimes%20Act%202003%20EN.pdf.

¹⁸⁷ International Crimes and International Criminal Court Act of 6 September 2000, sect. 12, имеется по адресу www.legislation.govt.nz/act/public/2000/0026/latest/DLM63091.html.

¹⁸⁸ Written comments to the International Law Commission (2015), Испания, ссылается на статью 451 своего Уголовного кодекса.

¹⁸⁹ International Criminal Court Act 2001, sect. 65, имеется по адресу www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/17/contents.

¹⁹⁰ Principals, United States Code, Title 10, sect. 950q (2012), имеется по адресу www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2014-title10/pdf/USCODE-2014-title10-subtitleA-partII-chap47A-subchapVIII-sec950q.pdf.

¹⁹¹ Ley No. 18.026, Cooperación con la Corte Penal Internacional en materia de lucha contra el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad, 4 October 2006, art. 10, имеется по адресу www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=18026&Anchor=.

¹⁹² Ley 26.200, Ley de implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal, 5 January 2007, имеется по адресу www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/120000-124999/123921/norma.htm.

недавно приняли законы для осуществления Римского статута Международного уголовного суда, не касаются в этих законах вопроса об ответственности командиров.

52. Военные наставления, принятые государствами, также определяют эту форму уголовной ответственности. Например, в военном наставлении Аргентины предусматривается: «Нарушения, совершенные подчиненным, не освобождают его начальников от уголовной или дисциплинарной ответственности, в зависимости от случая, если они знали, что подчиненный совершал или собирался совершить нарушение и если они не приняли мер в рамках их полномочий для предотвращения или пресечения нарушения»¹⁹⁴. Другие примеры можно найти в военных наставлениях Камеруна¹⁹⁵, Франции¹⁹⁶, Российской Федерации¹⁹⁷, Украины¹⁹⁸, Соединенного Королевства¹⁹⁹ и Соединенных Штатов Америки²⁰⁰.

53. Договоры, касающиеся преступлений, за исключением преступлений против человечности, также часто признают ответственность командиров. Хотя в Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него и в Женевских конвенциях о защите жертв войны это не делается, Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I), предусматривает в пункте 2 статьи 86 общую формулу, которая была принята его 174 государствами-участниками. Это положение гласит:

Тот факт, что нарушение Конвенций или настоящего Протокола было совершено подчиненным лицом, не освобождает его начальников от уголовной или дисциплинарной ответственности в зависимости от случая, если они знали или имели в своем распоряжении информацию, которая должна была бы дать им возможность прийти к заключению в обстановке, существовавшей в то время, что такое подчиненное лицо совершает или намеревается совершить подобное нарушение, и если они не приняли всех практи-

¹⁹³ Código Orgánico Integral Penal, 2014, имеется по адресу www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/2014/05/c%C3%B3digo_org%C3%A1nico_integral_penal_-_coip_ed._sdn-mjdhc.pdf.

¹⁹⁴ Argentina, *Leyes de Guerra*, PC-08-01, Público, Edición 1989, Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas, aprobado por Resolución No. 489/89 del Ministerio de Defensa, 23 Apr. 1990, sect. 8.07 (см. www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_ar_rule153).

¹⁹⁵ *Droit des conflits armés et droit international humanitaire, Manuel de l'instructeur en vigueur dans les forces de défense*, Ministère de la Défense, Présidence de la République, Etat-major des Armées (2006), p. 296, sect. 662 (see www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_cm_rule153).

¹⁹⁶ *Manuel de droits des conflits armés*, Ministère de la Défense (2001), p. 113 (см. www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_fr_rule153).

¹⁹⁷ *Руководство по применению Вооруженными Силами СССР норм международного гуманитарного права*, приложение к Приказу Министра обороны СССР № 75 (1990 год), раздел 14(b) (см. www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_ru_rule153).

¹⁹⁸ *Manual on the Application of IHL Rules*, Ministry of Defence (2004), sect. 1.8.8 (см. www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_ua_rule153).

¹⁹⁹ *The Law of War on Land being Part III of the Manual of Military Law*, The War Office, HMSO (1958), sect. 631 (см. www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_gb_rule153).

²⁰⁰ *Department of Defense Law of War Manual*, Office of General Counsel, Department of Defense, sect. 18.23.3.2 (June 2015), имеется по адресу www.defense.gov/pubs/Law-of-War-Manual-June-2015.pdf.

чески возможных мер в пределах своих полномочий для предотвращения или пресечения этого нарушения²⁰¹.

54. По сути дела, национальные законы и международные документы, касающиеся преступлений против человечности, а также соответствующие договоры, касающиеся других преступлений, обычно включают — как один аспект участия в совершении преступления — возможность установления уголовной ответственности для военного командира или другого начальника за действия, совершенные подчиненными, в обстоятельствах, когда начальник относился халатно к своим обязанностям.

Е. Приказы начальника

55. Все юрисдикции, занимающиеся преступлениями против человечности, допускают основания для исключения уголовной ответственности в той или иной степени. Например, большинство юрисдикций исключают уголовная ответственность, если предполагаемый исполнитель страдает от психического расстройства, мешающего лицу осознать неправомерность своего поведения²⁰². Некоторые юрисдикции предусматривают, что состояние опьянения также исключает уголовную ответственность, по крайней мере в некоторых обстоятельствах²⁰³. Действия, совершенные в порядке самозащиты, также исключают ответственность²⁰⁴, равно как и принуждение в результате угрозы неминуемого

²⁰¹ Положения об ответственности командиров содержатся также в Международной конвенции для защиты всех лиц от насильственных исчезновений, в пункте 1 статьи 6 которой предусмотрено:

«Каждое государство-участник принимает необходимые меры с целью привлечения к уголовной ответственности по крайней мере:

...

b) начальника, который:

i) знал, что подчиненные, находящиеся под его действительной властью и контролем, совершали или намеревались совершить преступление насильственного исчезновения, или сознательно проигнорировал ясно указывающую на это информацию;

ii) нес действительную ответственность и осуществлял действительный контроль в отношении деятельности, с которой было связано преступление насильственного исчезновения; и который

iii) не принял всех необходимых и разумных мер в рамках его полномочий для предотвращения или пресечения совершения акта насильственного исчезновения либо для передачи данного вопроса в компетентные органы для расследования и уголовного преследования;

c) подпункт (b) выше применяется без ущерба для соответствующих более строгих норм об ответственности, применимых в международном праве к военному командиру или лицу, фактически осуществляющему функции военного командира».

²⁰² См., например, Римский статут Международного уголовного суда, статья 31, пункт 1(a); Criminal Code of the Republic of Croatia (сноска 64 выше), art. 40; и Criminal Code of the Republic of Finland (1889) (amended 2012), chap. 3, sects. 4(2)–(3), имеется по адресу: www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/32.

²⁰³ См., например, Римский статут Международного уголовного суда, статья 31, пункт 1(b); Criminal Code of the Republic of Croatia (сноска 64 выше), art. 41; и Criminal Code of the Republic of Finland (сноска выше), chap. 3, sect. 4(4).

²⁰⁴ См. Римский статут Международного уголовного суда, статья 31, пункт 1(c); Criminal Code of the Republic of Croatia (сноска 64 выше), arts. 29–30; и Criminal Code of the Republic of Finland, chap. 4, sect. 4 (сноска 202 выше).

причинения вреда или неминуемой смерти²⁰⁵. В некоторых случаях лицо должно было достичь определенного возраста, чтобы нести уголовную ответственность²⁰⁶. Точные основания отличаются от юрисдикции к юрисдикции, и, если брать национальные системы, они обычно включаются в подход этой юрисдикции в целом, а не только в контексте преступлений против человечности²⁰⁷.

56. В то же время большинство юрисдикций, занимающихся преступлениями против человечности, предусматривают, что исполнители таких преступлений не могут ссылаться в качестве довода защиты на то, что начальник приказал им совершить преступление²⁰⁸. В статье 8 Нюрнбергского устава предусмотрено: «Тот факт, что подсудимый действовал по распоряжению правительства или приказу начальника, не освобождает его от ответственности, но может рассматриваться как довод для смягчения наказания, если Трибунал признает, что этого требуют интересы правосудия». Следовательно, в соответствии со статьей 8 и «законами всех наций» МВТ постановил: «Тот факт, что подсудимый действовал по распоряжению правительства или приказу начальника, не освобождает его от ответственности, но может рассматриваться как довод для смягчения наказания»²⁰⁹.

57. Аналогичным образом, в статье 6 Устава Международного Военного Трибунала для Дальнего Востока предусмотрено: «Ни служебное положение подсудимого в любой период времени, ни то, что он действовал по приказу правительства или вышестоящего начальника, не освобождают его от ответственности за совершение любого преступления, в котором его обвиняют, однако эти обстоятельства могут быть учтены Трибуналом при определении наказания, если Трибунал признает, что этого требуют интересы правосудия».

58. В статье 5 разработанного Комиссией в 1996 году проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества предусмотрено: «Тот факт, что какое-либо лицо, обвиняемое в совершении преступления против мира и безопасности человечества, действовало во исполнение приказа своего правительства или вышестоящего должностного лица, не освобождает это лицо от уголовной ответственности, но может быть учтен как обстоятельство, смягчающее наказание, если это диктуется интересами правосудия»²¹⁰. В отношении этой статьи Комиссия отметила:

²⁰⁵ См. Римский статут Международного уголовного суда, статья 31, пункт 1(d); Criminal Code of the Republic of Croatia (сноска 64 выше), art. 31; и Criminal Code of Finland (сноска 202 выше), chap. 4, sect. 5.

²⁰⁶ См. Римский статут Международного уголовного суда, статья 26; Criminal Code of the Republic of Croatia (сноска 64 выше), art. 10; и Criminal Code of Finland (сноска 202 выше), chap. 3, sect. 4(1).

²⁰⁷ См. проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества (сноска 134 выше), стр. 23, и стр. 42, статья 15 («Постановляя приговор, суд в необходимых случаях принимает во внимание смягчающие вину обстоятельства в соответствии с общими принципами права») и сопутствующий комментарий.

²⁰⁸ См. в общем плане D'Amato, pp. 288–289; и Nowak and McArthur, p. 102.

²⁰⁹ «Judicial decisions: International Military Tribunal (Nuremberg) ...», p. 221.

²¹⁰ Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества (сноска 134 выше), стр. 23 (статья 5); см. также Principles of International Law recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, *Yearbook ... 1950*, vol. II, p. 375 (Principle IV).

нельзя игнорировать виновность и ту неизбежную роль, которую играет подчиненный в деле фактического совершения преступного деяния. В противном случае правовая сила и последствия запрещения преступлений по международному праву были бы в значительной мере ослаблены отсутствием какой-либо ответственности или наказания фактических виновников этих чудовищных преступлений и, соответственно, какого-либо фактора сдерживания потенциальных нарушителей²¹¹.

59. Хотя статья 33 Римского статута Международного уголовного суда допускает ограниченную защиту в силу приказов начальника, она делает это исключительно в отношении военных преступлений; приказы о совершении актов геноцида или преступлений против человечности не попадают в сферу действия этого исключения²¹². Документы, регулирующие деятельность Международного трибунала по бывшей Югославии²¹³, Международного уголовного трибунала по Руанде²¹⁴, Специального суда по Сьерра-Леоне²¹⁵, Специального трибунала по Ливану²¹⁶, Специальных коллегий по тяжким преступлениям в Восточном Тиморе²¹⁷, чрезвычайных палат в судах Камбоджи²¹⁸, Верховного иракского уголовного трибунала²¹⁹ и Чрезвычайных африканских палат в рамках сенегальской судебной системы²²⁰, аналогичным образом исключают приказы начальника как аргумент защиты. В норме 155 проведенного в 2005 году исследования МККК по вопросам обычного международного гуманитарного права предусматривается: «Подчинение приказу начальника не освобождает подчиненного от уголовной ответственности, если подчиненный знал, что действие, которое ему приказано совершить, является незаконным, или должен был знать об этом в связи с явно незаконным характером этого действия»²²¹.

60. Такое исключение приказов начальника в качестве довода защиты существует в целом ряде международных договоров, касающихся преступлений, таких как Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания²²², Межамериканская конвенция о предупреждении пыток и наказании за них²²³, Межамериканская кон-

²¹¹ Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества (сноска 134 выше), стр. 24.

²¹² Что касается анализа, см. Gaeta; и Cryer, pp. 768–769.

²¹³ Обновленный устав Международного трибунала по бывшей Югославии (см. сноску 99 выше), статья 7, пункт 4.

²¹⁴ Устав Международного уголовного трибунала по Руанде (см. сноску 100 выше), статья 6, пункт 4.

²¹⁵ Устав Специального суда по Сьерра-Леоне (см. сноску 101 выше), статья 6, пункт 4.

²¹⁶ Устав Специального трибунала по Ливану (см. сноску 170 выше), статья 3, пункт 3.

²¹⁷ UNTAET/REG/2000/15 (см. сноску 102 выше), sect. 21.

²¹⁸ Закон об учреждении чрезвычайных палат в судах Камбоджи для преследования за преступления, совершенные в период Демократической Кампучии (см. сноску 103 выше), статья 29.

²¹⁹ Statute of the Iraqi Special Tribunal (см. сноску 104 выше), art. 15.

²²⁰ Statute of the Extraordinary African Chambers within the courts of Senegal created to prosecute international crimes committed in Chad between 7 June 1982 and 1 December 1990 (см. сноску 105 выше), art. 10, para. 5.

²²¹ См. ICRC, Customary IHL Database, “Chapter 43: Practice relating to Rule 155. Defence of superior orders”, available from www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule155.

²²² Статья 2, пункт 3 («Приказ вышестоящего начальника или государственной власти не может служить оправданием пыток»).

²²³ Статья 4 («Тот факт, что действие было совершено по приказу начальника, не может освобождать от соответствующей уголовной ответственности»).

венция о насильственном исчезновении лиц²²⁴ и Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений²²⁵. В контексте Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания Комитет против пыток критиковал национальное законодательство, которое разрешает такой аргумент защиты или является неопределенным в этом вопросе. Так, при оценке деятельности Гватемалы в 2006 году Комитет заявил: «Государству-участнику следует изменить свое законодательство, с тем чтобы закрепить в нем четко сформулированное положение о том, что приказ вышестоящего начальника или государственной власти не может служить оправданием пыток»²²⁶. В частности, Комитет указал на то, что он «обеспокоен тем, что требование... Конвенции [на этот счет] носит весьма расплывчатый характер в законодательстве государства-участника»²²⁷. В некоторых случаях проблема возникает в силу существования в национальном законодательстве государства того, что именуется защитой ссылкой на «должное повиновение»²²⁸. Например, при рассмотрении в 2004 году хода осуществления Конвенции Чили Комитет выразил обеспокоенность по поводу «сохранения в статьях... Кодекса военной юстиции принципа должного повиновения, несмотря на распоряжения, утверждающие право подчиненного на опротестование приказов, предполагающих совершение противоправных действий»²²⁹.

61. Хотя приказы начальника не допускаются в качестве аргумента защиты при судебном преследовании за совершение преступления, некоторые из международных и национальных юрисдикций, упоминавшихся выше, разрешают, чтобы приказы вышестоящего должностного лица были смягчающим вину фактором на этапе вынесения приговора. Статья 5 проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества указывает на это, когда она гласит, что действия во исполнение приказа могут быть учтены «как обстоятель-

²²⁴ Статья VIII («Не допускается защита ссылкой на должное повиновение приказам или указаниям начальника, которые предусматривают, санкционируют или поощряют насильственное исчезновение. Все лица, получающие такие приказы, имеют право и долг не повиноваться им»).

²²⁵ Статья 6, пункт 2 («Никакие приказ или распоряжение, исходящие от государственного, гражданского, военного или иного органа, не могут служить оправданием преступления насильственного исчезновения»). Это положение «получило широкое одобрение» на этапе разработки. См. Комиссия по правам человека, Доклад Межсессионной рабочей группы открытого состава по разработке проекта имеющего обязательную юридическую силу нормативного документа для защиты всех лиц от насильственных исчезновений (E/CN.4/2004/59), пункт 72; см. также Декларацию о защите всех лиц от насильственных исчезновений, резолюция 47/133 Генеральной Ассамблеи от 18 декабря 1992 года, статья 6.

²²⁶ Выводы и рекомендации Комитета против пыток, Гватемала (CAT/C/GTM/CO/4 и Add.1), пункт 13.

²²⁷ Там же.

²²⁸ Nowak and McArthur, p. 102.

²²⁹ Выводы и рекомендации Комитета против пыток, Чили (CAT/C/CR/32/5), пункт 6(i). См. также Выводы и рекомендации Комитета против пыток, Аргентина (CAT/C/CR/33/1), пункт 3(a) (хвалит Аргентину за объявление ее закона о должном повиновении «полностью недействительным»).

ство, смягчающее наказание, если это диктуется интересами правосудия»²³⁰. В своем комментарии к этому положению Комиссия заявила:

подчиненный, который вынужден совершить преступление по приказу вышестоящего должностного лица из страха перед серьезными последствиями для себя лично или своей семьи в результате неисполнения этого приказа, несет иную степень виновности по сравнению с подчиненным, который с готовностью участвует в совершении преступления. Факто того, что подчиненный вынужден совершить преступление по приказу вышестоящего должностного лица, с тем чтобы избежать серьезных последствий для себя лично или своей семьи в результате невыполнения такого приказа в соответствующих обстоятельствах, может служить оправданием для смягчения приговора, который в ином случае был бы более суровым. Фраза «если это диктуется интересами правосудия» используется для того, чтобы показать, что даже в таких случаях назначение менее сурового наказания должно также отвечать интересам правосудия²³¹.

62. Как следует из этого текста, статуты различных международных уголовных трибуналов признают релевантность приказов начальника на этап вынесения приговора²³². Римский статут Международного уголовного суда, однако, не касается вопроса о релевантности приказа начальника на этапе вынесения приговора. В исследовании МККК сделан вывод о том, что «существует обширная практика государств на этот счет, заключающаяся в военных уставах и наставлениях, национальном законодательстве и официальных заявлениях», однако в нем также установлено, что некоторые государства «исключают смягчение наказания за нарушения, совершенные в соответствии с явно незаконным приказом»²³³.

Е. Срок давности

63. Одно возможное ограничение в отношении судебного преследования того или иного лица за преступления против человечности касается применения «срока давности» («срока исковой давности»), означающего норму, которая запрещает уголовное преследование предполагаемого преступника за преступление, совершенное раньше, чем конкретно указанное количество лет до возбуждения уголовного преследования²³⁴. Цель такой нормы заключается, главным образом, в ограничении периода проведения судебного преследования временем, когда вещественные доказательства и показания очевидцев являются свежими и нестершимися.

64. Никакой нормы о сроке давности в отношении международных преступлений, включая преступления против человечности, не было установлено в

²³⁰ См. проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества (сноска 134 выше), стр. 23.

²³¹ Там же, стр. 24, пункт (5). См. также D'Amato, p. 288.

²³² Что касается положений, допускающих смягчение наказания на этапе вынесения приговора, см. Нюрнбергский устав, статья 8; Устав Международного Военного Трибунала для Дальнего Востока, статья 6; Обновленный устав Международного трибунала по бывшей Югославии (см. сноску 99 выше), статья 7, пункт 4; Устав Международного уголовного трибунала по Руанде (сноска 100 выше), статья 6, пункт 4; Устав Специального суда по Сьерра-Леоне (см. сноску 101 выше), статья 6, пункт 4; и документ, регулирующий деятельность Специальных коллегий по тяжким преступлениям в Восточном Тиморе, UNTAET/REG/2000/15 (сноска 102 выше), sect. 21.

²³³ См. сноску 221 выше.

²³⁴ См. в общем плане Kok.

Нюренбергском уставе или Уставе Международного Военного Трибунала для Дальнего Востока или в учредительных документах Международного трибунала по бывшей Югославии, Международного уголовного трибунала по Руанде или Специального суда по Сьерра-Леоне²³⁵. В отличие от этого Закон № 10 Контрольного совета, принятый в 1945 году союзными державами, оккупировавшими Германию, для обеспечения непрерывного судебного преследования предполагаемых преступников, предусматривал, что на любом суде или заседании по вынесению обвинения за преступления против человечества (а также военные преступления и преступления против мира) «обвиняемый не имеет право воспользоваться преимуществами ограничений по поводу периода с 30 января 1933 года по 1 июля 1945 года»²³⁶. Аналогичным образом, Римский статут Международного уголовного суда четко затрагивает этот вопрос, предусматривая следующее: «В отношении преступлений, подпадающих под юрисдикцию Суда, не устанавливается никакого срока давности» (статья 29). Разработчики Статута твердо поддерживали это положение в применении к преступлениям против человечности²³⁷. Аналогичным образом, закон о создании чрезвычайных палат в судах Камбоджи и документы, регулирующие деятельность Верховного иракского уголовного трибунала и Специальных коллегий по тяжким преступлениям в Восточном Тиморе четко определяли преступления против человечности как преступления, в отношении которых не существует срока давности²³⁸.

65. Что касается того, может ли срок давности применяться к уголовному преследованию предполагаемого преступника в национальных судах, то в 1967 году Генеральная Ассамблея Организации Объединенных Наций заявила, что «применение к военным преступлениям и преступлениям против человечества внутренних правовых норм, относящихся к сроку давности в отношении обычных преступлений, является вопросом, вызывающим серьезную озабоченность мирового общественного мнения, так как это препятствует судебному преследованию и наказанию лиц, ответственных за такие преступления»²³⁹. На следующий год государства приняли Конвенцию о неприменимости срока давности к военным преступлениям и преступлениям против челове-

²³⁵ См. W Ambos, *Treatise on International Criminal Law* (цитируется Schabas, *The International Criminal Court...*), p. 429; и Schabas, "Article 29".

²³⁶ Control Council Law No. 10 (см. сноску 150 выше), p. 52, art. II, para. 5.

²³⁷ *Official Records of the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Rome, 15 June–17 July 1998, vol. II, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole* (A/CONF.183/13 (Vol. II)), 2nd meeting, paras. 45–74. См. также Schabas, *The International Criminal Court...*, p. 469 (цитируется A/CONF.183/C.1/SR.8, пункты 76 и 82).

²³⁸ Закон об учреждении чрезвычайных палат в судах Камбоджи для преследования за преступления, совершенные в период Демократической Кампучии (см. сноску 103 выше), статья 5; Statute of the Iraqi Special Tribunal (см. сноску 104 выше), art. 17(d); и документ, регулирующий деятельность Специальных коллегий по тяжким преступлениям в Восточном Тиморе, UNTAET/REG/2000/15 (см. сноску 102 выше), sect. 17.1. Кроме того, следует отметить, что чрезвычайные палаты в судах Камбоджи были наделены юрисдикцией в отношении преступлений против человечности, совершенных за десятилетия до их создания, в 1975–1979 годах, когда у власти находились «красные кхмеры».

²³⁹ Резолюция 2338 (XXII) Генеральной Ассамблеи от 18 декабря 1967 года. См. также резолюцию 2712 (XXV) Генеральной Ассамблеи от 15 декабря 1970 года и резолюцию 2840 (XXVI) Генеральной Ассамблеи от 18 декабря 1971 года.

ства 1968 года, которая требует, чтобы государства-участники приняли «любые законодательные или иные меры, необходимые для обеспечения того, чтобы срок давности, установленный законом или иным путем, не применялся к судебному преследованию и наказанию» за эти дав типа преступлений (статья IV). Аналогичным образом, в 1974 году Совет Европы принял Европейскую конвенцию о неприменимости срока давности к преступлениям против человечества и военным преступлениям, которая использует, по сути дела, ту же формулировку. Эти конвенции, однако, добились ограниченного присоединения: по состоянию на 2015 год 55 государств являются участниками Конвенции 1968 года и восемь государств — участниками Конвенции 1974 года.

66. В то же время представляется, что нет ни одного государства с законом о преступлениях против человечности, которое исключало бы уголовное преследования после истечения определенного периода времени²⁴⁰. Скорее, многочисленные государства, включая Албанию, Аргентину, Бельгию, Боснию и Герцеговину, Бурунди, Центральнуюафриканскую Республику, Кубу, Эстонию, Эфиопию, Францию, Германию, Венгрию, Израиль, Мали, Нидерланды, Нигер, Перу, Польшу, Республику Корея, Латвию, Российскую Федерацию, Руанду, Испанию, Украину, Уругвай и Узбекистан, конкретно запретили в законодательном порядке любое такое ограничение²⁴¹. Например, в 1964 году Франция приняла закон, предусматривающий, что преступления против человечности, как они определены в резолюции 3 (I) Генеральной Ассамблеи от 13 февраля 1946 года (касающейся выдачи и наказания военных преступников периода Второй мировой войны) и в Нюрнбергском уставе, «являются не погашаемыми давностью в силу своего характера»²⁴². В последующие десятилетия Франция привлекла несколько человек, таких как Клаус Барби, Морис Папон и Поль Тувье, к уголовной ответственности за преступления против человечности, совершенные многими годами ранее, в ходе Второй мировой войны. В деле *Барби* французский кассационный суд постановил, что «запрещение срока давности

²⁴⁰ Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, supra note 241, at p. 469.

²⁴¹ См. Criminal Code of Albania (сноска 89 выше), art. 67; Argentina, Law concerning the Imprescriptibility of War Crimes and Crimes Against Humanity (1995); Criminal Code of Belgium, art. 91 (1867, as amended on 5 August 2003); Criminal Code of Bosnia and Herzegovina, art. 19 (2003); Criminal Code of Burundi, arts. 150 and 155 (2009); Criminal Procedure Code of the Central African Republic, art. 7(c) (2010); Cuba (сноска 65 выше), art. 64, para. 5; Criminal Code of Estonia, sect.81, para. (2) (2002); Ethiopia, Constitution, art. 28, para. 1 (1994); France, Criminal Code art. 213-5 (1994); Germany (сноска 68 выше), art. 1, sect. 5; Hungary, Act IV of 1978 on the Criminal Code, art. 33, para. (2) (as amended in 1998); Israel, Nazis and Nazi Collaborators (Punishment) Law, art. 12 (1950); Criminal Code of Latvia, sect. 57 (2000); Criminal Code of Mali, art. 32 (2001); the Netherlands, International Crimes Act, sect. 13 (2003); Criminal Code of Niger, art. 208.8 (1961, as amended in 2003); Peru, Legislative Resolution No. 27998, art. 1 (2003) and Presidential Decree No. 082-2003-RE, art. 1 (2003); Criminal Code of Poland, art. 109 (1997); the Republic of Korea, Act on the Punishment of Crimes within the Jurisdiction of the International Criminal Court, art. 6 (2007); Российская Федерация, Указ «О наказании лиц, виновных в преступлениях против мира и человечности и военных преступлениях, независимо от времени совершения преступлений» (1965 год); Constitution of Rwanda, art. 13 (2003); Criminal Code of Spain, art. 131, para. 4 (1995, as amended on 23 June 2010); Criminal Code of Ukraine, art. 49, para. 5 (2010); Uruguay, Law on Cooperation with the ICC, art. 7 (2006); и Criminal Code of Uzbekistan, art. 64 (1994). См. в общем плане ICRC, Practice relating to Rule 160. Statutes of Limitation, имеется по адресу www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule160.

²⁴² France, Law No. 64-1326 (26 December 1964).

сти в отношении преступлений против человечности является в настоящее время частью обычного права»²⁴³.

67. Другие национальные суды также занимались вопросами о том, являются ли обвинения в преступлениях против человечности ограниченными по времени. Иерусалимский окружной суд в деле *Эйхмана* отверг довод обвиняемого о том, что его судебное преследование является ограниченным по времени: «Ввиду чрезвычайной тяжести преступления против еврейского народа, преступления против человечности и военного преступления израильский законодательный орган постановил, что такие преступления не погашаются давностью»²⁴⁴. Канцелярия Специального обвинителя в ходе судебного процесса по делу *Менгисту* заявила, что по Конституции Эфиопии «к преступлениям против человечности не применяется никакой срок давности. Эта концепция проистекает из признанных на международном уровне принципов»²⁴⁵. В деле *Тяжба по поводу ответственности производителя за вред, причиненный агентом «оранж»*, федеральный окружной суд Соединенных Штатов утверждал, что Конвенция о неприменимости срока давности к военным преступлениям и преступлениям против человечности и Римский статут Международного уголовного суда «наводят на мысль о необходимости признать норму обычного международного права, согласно которой никакой срок давности не должен применяться к военным преступлениям и преступлениям против человечности»²⁴⁶. Верховный суд Аргентины постановил, что срок давности не будет применяться к военным преступлениям и преступлениям против человечности в соответствии с обычным международным правом и принципами *jus cogens*²⁴⁷.

68. Многие договоры, касающиеся других преступлений в национальном праве, не содержат запрета в отношении срока давности. Например, в своем проекте статей о предотвращении и наказании преступлений против дипломатических агентов и других лиц, имеющих право на защиту в соответствии с международным правом, Комиссия предложила включить статью 9 следующего содержания: «Давность в отношении уголовного преследования за преступления, указанные в статье 2, соответствует в каждом государстве-участнике той, которая установлена для наиболее тяжких преступлений в соответствии с его внутренним правом»²⁴⁸. Государства, однако, отказались включить это положение в Конвенцию о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов. В Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания также не содержится никакого запрещения в отношении применения срока давности к преступлени-

²⁴³ *Fédération nationale des déportés et internés résistants et patriotes et al. v. Barbie, Judgment of 20 December 1985*, France, Court of Cassation (Criminal Chamber), ILR, vol. 78 (1988), pp. 125–131.

²⁴⁴ *The Attorney-General of the Government of Israel v. Eichmann, Criminal Case No. 40/61, Judgment of 11 December 1961*, District Court of Jerusalem, para. 53. См. также Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, p. 428.

²⁴⁵ *Ethiopia v. Mengistu and Others, Reply submitted by the Special Prosecutor in response to the objection filed by counsels by defendants (23 May 1995)*, Ethiopia, Special Prosecutor's Office, sect. 6.1.1.

²⁴⁶ *In re Agent Orange Product Liability Litigation*, 373 F.Supp.2d 7 (E.D.N.Y. 2005), at p. 63.

²⁴⁷ *Office of the Prosecutor v. Priebke (Erich), Case No. P/457/XXXI, Ordinary Appeal Judgment, Request of Extradition*, 2 November 1995, Supreme Court of Argentina.

²⁴⁸ *Ежегодник... 1972 год*, том I, стр. 320.

ям, связанным с пытками, однако Комитет против пыток утверждал, что, учитывая их серьезный характер, такие преступления не должны подпадать ни под какой срок давности²⁴⁹. Аналогичным образом, хотя Международный пакт о гражданских и политических правах не касается напрямую этого вопроса, Комитет по правам человека призвал к отмене срока давности в отношении серьезных нарушений Пакта²⁵⁰.

69. Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений касается вопроса о сроке давности, предусматривая следующее: «Каждое государство-участник, которое применяет срок давности в отношении актов насильственного исчезновения, принимает необходимые меры к тому, чтобы срок давности в уголовном производстве... был продолжительным и соразмерным чрезвычайной серьезности этого преступления»²⁵¹. Подготовительная работа к Конвенции указывает на то, что это положение должно было разграничивать те преступления, которые, возможно, составляют преступление против человечности и в отношении которых не должно быть никакого срока давности, и все другие преступления согласно Конвенции²⁵². Говоря конкретно, разработчики текста Международной конвенции для защиты всех лиц от насильственных исчезновений, как представляется, придерживались единодушного мнения в отношении того, что:

в международном праве к преступлениям насильственного исчезновения, являющимся преступлениями против человечности, срок давности не применим. Что касается насильственных исчезновений, являющихся нарушением норм общего права, то срок давности должен быть самым продолжительным из сроков, предусмотренных национальным правом или в любом случае соответствовать тяжести преступления. Вопрос о моменте, с которого начинается исчисление срока давности, остается открытым²⁵³.

70. Одним из главных вопросов, названных государствами в качестве основания для неприсоединения к Конвенции о неприменимости срока давности к военным преступлениям и преступлениям против человечества, была обеспокоенность по поводу ретроактивного применения запрета в отношении срока давности. Статья 1 Конвенции запрещает срок давности «независимо от времени их совершения» (статья I), тем самым требуя, чтобы государства-участники отменили срок давности, имеющий обратную силу. Альтернативным подходом к такому запрету в новой конвенции было бы запрещение срока давности, но не с обратной силой, либо напрямую заявив это, либо не затрагивая этот вопрос. Статья 28 Венской конвенции о праве международных договоров

²⁴⁹ См., например, Рассмотрение докладов, представленных государствами-участниками в соответствии со статьей 19 Конвенции, Заключительные замечания Комитета против пыток, Черногория (CAT/C/MNE/CO/1 и Add.1); и Рассмотрение докладов, представленных государствами-участниками в соответствии со статьей 19 Конвенции, Выводы и рекомендации, Италия (CAT/C/ITA/CO/4), пункт 19.

²⁵⁰ См., например, Consideration of reports submitted by States parties under article 40 of the Covenant, concluding observations of the Human Rights Committee, Panama (CCPR/C/PAN/CO/3), para. 7.

²⁵¹ Статья 8, пункт 1(а). В отличие от этого Межамериканская конвенция о насильственных исчезновениях предусматривает, что уголовное преследование и наказание в связи со всеми насильственными исчезновениями не подпадает под срок давности (статья VII).

²⁵² Комиссия по правам человека, Доклад Межсессионной рабочей группы открытого состава по разработке проекта юридически обязательного нормативного документа о защите всех лиц от насильственных исчезновений (E/CN.4/2003/71), пункты 43–46 и 56.

²⁵³ Там же, пункт 56.

предусматривает, что «если иное намерение не явствует из договора или не установлено иным образом, то положения договора не обязательны для участника договора в отношении любого действия или факта, которые имели место до даты вступления договора в силу для указанного участника, или в отношении любой ситуации, которая перестала существовать до этой даты»²⁵⁴. Международный Суд применил статью 28 Венской конвенции в контексте договора, касающегося преступления (пытки), в деле *Вопросы, связанные с обязательством выдавать или осуществлять судебное преследование (Бельгия против Сенегала)*, установив, что «обязательство осуществлять судебное преследование предполагаемых исполнителей актов пыток согласно Конвенции применяется только к фактам, имевшим место после ее вступления в силу для соответствующего государства»²⁵⁵. Таким образом, без ясно выраженного намерения об обратном, договор будет, как правило, применяться к действиям, совершенным полностью после принятия этого договора государством²⁵⁶.

71. В то же время статья 28 не применяется к непрекращающимся инцидентам, которые не закончились до вступления договора в силу²⁵⁷. Как было отмечено Комиссией в 1966 году:

если ... действие, или факт, или ситуация, которые имели место или возникли до вступления в силу того или иного договора, продолжается или существует после того, как этот договор вступил в силу, они будут охватываться положениями договора. Принцип отсутствия обратной силы не может нарушаться путем применения договора к делам, которые происходят или существуют, когда договор действует, даже если они первоначально начались в более раннюю дату²⁵⁸.

72. И Европейский суд по правам человека, и Комитет по правам человека придерживались этого подхода, так что, если происходит «продолжающееся нарушение» прав человека, а не просто «кратковременное деяние или кратковременный факт» с продолжающимся действием, в этом случае и Суд, и Комитет рассматривают вопрос как относящийся к сфере их юрисдикции²⁵⁹. По заявлению Суда, «концепция „длящегося обстоятельства“ касается положения

²⁵⁴ См. также проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества (сноска 134 выше), статья 13, пункт 1, стр. 32 («Никто не может быть осужден в соответствии с настоящим Кодексом за деяния, совершенные до его вступления в силу»).

²⁵⁵ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* (см. сноску 98 выше), р. 457, para. 100. См. также *O. P., M. M. и M. C. против Аргентины*, Сообщения №№ 1/1988, 2/1988 и 3/1988, Мнения Комитета против пыток от 23 ноября 1989 года, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок пятая сессия, Дополнение № 44 (A/45/44)*, приложение V, стр. 112, пункт 7.5 (устанавливает, что «термин „пытка“ по смыслу данной Конвенции означает только те пытки, которые имели место после вступления в силу данной Конвенции»).

²⁵⁶ Crawford, p. 378; Shaw, p. 671; and *Yearbook...* 1966, vol. II, at pp. 211–213.

²⁵⁷ Odendahl, p. 483.

²⁵⁸ *Yearbook ...* 1966, vol. II, p. 212, пункт (3) комментария к проекту статьи 24.

²⁵⁹ См. *Loizidou v. Turkey (Article 50) (40/1993/435/514)*, *Grand Chamber judgment of 28 July 1998*, European Court of Human Rights; *Kalashnikov v. Russia, Application no. 47095/99*, *Chamber judgment of 15 July 2002*, European Court of Human Rights, Third Section, para. 111; *Posti and Rahko v. Finland, Application no. 27824/95*, *Chamber judgment of 24 September 2002*, European Court of Human Rights, Fourth Section, para. 39; *Blečić v. Croatia, Application no. 59532/00*, *Chamber judgment of 29 July 2004*, European Court of Human Rights, First Section, paras. 73 et seq; и *Гейе и пр. против Франции*, Сообщение № 196/1985, Мнения Комитета по правам человека, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок четвертая сессия, Дополнение № 40 (A/44/40)*, стр. 189 и 191–192.

дел, которое проявляется в виде непрерывной деятельности государства или со стороны государства по признанию заявителей потерпевшими»²⁶⁰. Комитет по правам человека заявил, что «он не может рассматривать какое-либо нарушение прав человека, якобы имевшее место до вступления в силу Пакта в отношении государства-участника, за исключением тех случаев, когда речь идет о нарушении, продолжавшемся после этой даты, либо последствия которого сами по себе являются нарушением Пакта после этой даты»²⁶¹.

73. Помимо этого, хотя обязательства государства в соответствии с новой конвенцией будут действовать только в отношении действий или фактов, возникающих после вступления конвенции в силу для этого государства, конвенция (по крайней мере, в том виде, в каком она обдумывается в настоящих проектах статей) не будет касаться, тем или иным образом, того, как государство применяет свое законодательство к преступлениям против человечности, совершенным до этого времени. Государство, которое ранее обладало правоспособностью осуществлять уголовное преследование за преступления против человечности в отношении действий или фактов, предшествующих конвенции, будет и далее способно делать это после вступления конвенции в силу. Иными словами, хотя такие уголовные преследования будут выходить за рамки конвенции, конвенция не будет исключать их. Для такого государства относительным ограничением его правоспособности осуществлять уголовное преследование за такие преступления может быть дата, в которую это государство приняло свой национальный закон о преступлениях против человечности, поскольку международное право и большинство национальных правовых систем исключают наказание за деяние, которое не было уголовно-наказуемым во время его совершения²⁶². Однако даже в этом случае высказывается поддержка предложению о том, что преступления против человечности, совершенные до принятия национального закона, криминализирующего такие деяния, все же могут преследоваться в судебном порядке на национальном уровне, поскольку такие деяния рассматривались как уголовно-наказуемые согласно международному праву по меньшей мере со Второй мировой войны²⁶³.

²⁶⁰ *Posti and Rahko v. Finland* (см. сноску выше), para. 39.

²⁶¹ *Геёе и пр. против Франции* (см. сноску 259 выше), стр. 191–192, пункт 5.3.

²⁶² В этой связи часто ссылаются на запрещение законов *ex post facto* (после свершившегося) или на доктрину *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali* («нет преступления, нет и наказания без ранее существовавшего уголовного права [относящегося к этому]»).

²⁶³ См., например, *Kolk and Kislyiy v. Estonia, Application nos. 23052/04 and 24018/04, Decision on admissibility of 17 January 2006*, European Court of Human Rights, Fourth Section (отвергается претензия заявителей в отношении того, что их осуждение за преступления против человечности переходят границы статьи 7 Европейской конвенции по правам человека, которая запрещает применение уголовного права с приданием ему обратной силы, потому что «даже если деяния, совершенные заявителями, могли рассматриваться как законные согласно Советскому законодательству в соответствующее время, они, тем не менее, были признаны эстонскими судами в качестве преступлений против человечности согласно международному праву во время их совершения»). См. также *Penart v. Estonia, Application no. 14685/04, Decision on admissibility of 24 January 2006*, European Court of Human Rights, Fourth Section (то же самое); *Kononov v. Latvia, Application no. 36376/04, Judgment of 17 May 2010*, European Court of Human Rights, Grand Chamber (то же самое, но применительно к военным преступлениям); но см. *Vasiliauskas v. Lithuania, Application no. 35343/05, Judgment of 20 October 2015*, European Court of Human Rights, Grand Chamber (признано незаконным ретроактивное применение национального закона о геноциде, совершенном в виду убийства политической группы, поскольку во время совершения

Г. Соответствующие меры наказания

74. В своем проекте кодекса преступлений против мира и безопасности человечества от 1996 года Комиссия предусмотрела, что «лицо, ответственное за преступление против мира и безопасности человечества, подлежит наказанию. Такое наказание должно быть соразмерно характеру и тяжести преступления»²⁶⁴. В комментарии далее разъясняется, что «характер преступления представляет собой тот элемент, по которому одно преступление отличается от другого... Степень тяжести преступления определяется обстоятельствами, при которых оно было совершено, и чувствами, побудившими исполнителя к действию». Таким образом, «хотя с правовой точки зрения уголовно наказуемое деяние является одним и тем же, используемые способы и методы различаются в зависимости от степеней порочности и жестокости. Все эти факторы должны учитываться судом при принятии решения о наказании»²⁶⁵.

75. В той степени, в какой международный суд или трибунал обладает юрисдикцией в отношении преступлений против человечности, меры наказания, назначаемые за такое преступление, могут различаться, однако ожидается, что они будут соответствующими с учетом тяжести преступления. Устав Международного трибунала по бывшей Югославии предусматривает, что «наказание, назначаемое Судебной камерой, ограничивается тюремным заключением. При определении сроков тюремного заключения Судебные камеры руководствуются общей практикой вынесения приговоров о тюремном заключении в судах бывшей Югославии» (статья 24, пункт 1). Более того, Трибунал должен учитывать «такие факторы, как тяжесть преступления и конкретные обстоятельства, касающиеся личности подсудимого» (статья 24, пункт 2). Устав Международного уголовного трибунала по Руанде содержит аналогичную формулировку, за исключением того, что следует руководствоваться «общей практикой вынесения приговоров о тюремном заключении в судах Руанды»²⁶⁶. Даже при осуждении за самые серьезные международные преступления, вызывающие озабоченность международного сообщества, это может привести к самым различным приговорам; так, Международный уголовный трибунал по Руанде устанавливал «сроки лишения свободы в сорок пять, тридцать пять, тридцать два, тридцать, двадцать пять, пятнадцать, двенадцать, десять, семь и шесть лет в ходе уголовных преследований по делам о геноциде»²⁶⁷. Статья 77, пункт 1(b), Римского статута Международного уголовного суда также допускает гибкость

этого деяния международное договорное право не включало «политическую группу» в определение геноцида и обычное международное право было неясным). Специальный трибунал по Ливану пришел к заключению, что «от лиц *ожидается и требуется знать*, что определенное деяние криминализировано в международном праве: по меньшей мере с того времени, когда то же деяние криминализируется в рамках национального правового режима, то или иное лицо может, таким образом, быть наказано внутренними судами даже за деяние, предшествующее дате принятия национального законодательства». *Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging of 16 February 2011, Case No. STL-11-01/I, Special Tribunal for Lebanon, para. 13.*

²⁶⁴ Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества (см. сноску 134 выше), статья 3, стр. 22.

²⁶⁵ Там же, стр. 23.

²⁶⁶ Устав Международного уголовного трибунала по Руанде (см. сноску 100 выше), статья 23, пункт 1.

²⁶⁷ Schabas, *Genocide in International Law*, pp. 464–465 (цитаты опущены).

подобного рода, предусматривая тюремное заключение сроком до 30 лет или пожизненное лишение свободы, «когда это оправдано исключительно тяжким характером преступления и индивидуальными обстоятельствами лица, признанного виновным в его совершении». Аналогичные формулировки можно найти в документах, регулирующих деятельность Специального суда по Сьерра-Леоне²⁶⁸, Специального трибунала по Ливану²⁶⁹, Специальных коллегий по тяжким преступлениям в Восточном Тиморе²⁷⁰, чрезвычайных палат в судах Камбоджи²⁷¹, Верховного иракского уголовного трибунала²⁷² и Чрезвычайных африканских палат в рамках сенегальской судебной системы²⁷³.

76. Аналогичным образом, в той степени, в какой та или иная национальная юрисдикция криминализировала преступления против человечности, меры наказания, назначаемые за такое преступление, могут различаться, однако ожидается, что они будут соответствующими с учетом тяжести преступления. Франция, например, может наказывать преступления против человечности пожизненным тюремным заключением, “[l]orsqu’ils sont commis en temps de guerre en exécution d’un plan concerté contre ceux qui combattent le système idéologique” («когда они совершаются во время войны в порядке осуществления согласованного плана, направленного против тех, кто борется против идеологической системы»)²⁷⁴, а также когда имеет место “*participation à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, de l’un des crime définis*” («участие в группировке, сформированной — или в сговоре, достигнутом — в целях подготовки, характеризующейся наличием одного или многочисленных существенных фактов, одного из определенных преступлений»)²⁷⁵. Однако другие преступления, составляющие преступления против человечности, во Франции наказываются лишь 10 или 15 годами тюремного заключения²⁷⁶. Австрия также «варьирует [срок тюремного заключения] в зависимости от тяжести совершенного преступления. Убийство, совершенное в ходе такого нападения, например, наказывается пожизненным тюремным заключением..., изнасилование — тюремным заключением на срок от пяти до пятнадцати лет...»²⁷⁷. Республика Корея делает то же самое, предусматривая минимальный приговор в семь лет за убийство и пять лет за любое другое преступление, представляющее собой преступление против человечности²⁷⁸.

²⁶⁸ Устав Специального суда по Сьерра-Леоне (см. сноску 101 выше), статья 19.

²⁶⁹ Устав Специального трибунала по Ливану (см. сноску 170 выше), статья 24.

²⁷⁰ UNTAET/REG/2000/15 (см. сноску 102 выше), sect. 10.

²⁷¹ Закон об учреждении чрезвычайных палат в судах Камбоджи для преследования за преступления, совершенные в период Демократической Кампучии (см. сноску 103 выше), статья 39.

²⁷² Statute of the Iraqi Special Tribunal (см. сноску 104 выше), art. 24.

²⁷³ Statute of the Extraordinary African Chambers within the courts of Senegal created to prosecute international crimes committed in Chad between 7 June 1982 and 1 December 1990 (см. сноску 105 выше), art. 24.

²⁷⁴ Written comments to the International Law Commission (2015), Франция, ссылается на статью 212-2 своего Уголовного кодекса.

²⁷⁵ Ibid., ссылается на статью 212-3 своего Уголовного кодекса.

²⁷⁶ Ibid., ссылается на статью 213-1 своего Уголовного кодекса.

²⁷⁷ Ibid., Австрия.

²⁷⁸ Ibid., Республика Корея, ссылается на статью 9 своего Уголовного кодекса.

77. Испания также предусматривает широкий диапазон возможных сроков тюремного заключения за преступления, представляющие собой преступления против человечности: 15–20 лет в случае смертельного исхода; 12–15 лет за изнасилование и 4–6 лет за любой другой вид посягательства сексуального характера; 12–15 лет за нанесение увечий; 8–12 лет за создание условий, которые ставят под угрозу жизнь жертвы или причиняют серьезный вред здоровью жертвы; 8–12 лет за выселение; 6–8 лет за принудительную беременность; 12–15 лет за насильственное исчезновение; 8–12 лет за незаконное тюремное заключение; 4–8 лет за пытки; 4–8 лет за преступления, связанные с занятием проституцией, включая торговлю людьми для целей сексуальной эксплуатации; и 4–8 лет за рабство²⁷⁹. Национальное законодательство Финляндии позволяет выносить приговоры на срок от одного года до пожизненного заключения за совершение преступления против человечности, причем минимальным сроком является восемь лет, если преступник совершил «квалифицированное» преступление против человечности²⁸⁰. Швейцария требует минимального наказания в пять лет за преступление против человечности с возможностью вынесения приговора о пожизненном тюремном заключении, “[s]i l’acte est particulièrement grave” («если деяние является особенно тяжким»)²⁸¹.

78. Большое число государств не допускают смертной казни за любое преступление, включая преступления против человечности (точно так же, как и международные уголовные трибуналы со времен Нюрнберга), а многие другие государства, которые не отменили ее, не применяют ее на практике. И действительно, многие государства рассматривают применение смертной казни как противоречащее праву прав человека. И все же значительное меньшинство государств, включая Бангладеш, Беларусь, Ботсвану, Вьетнам, Египет, Индию, Индонезию, Иорданию, Ирак, Китай, Кувейт, Ливан, Ливию, Малайзию, Нигерию, Объединенные Арабские Эмираты, Оман, Сингапур, Соединенные Штаты Америки, Таиланд, Уганду, Эфиопию и Японию, разрешают смертную казнь, рассматривая ее как допустимую согласно международному праву²⁸². На сегодняшний день договоры, касающиеся криминализации преступлений в национальном законодательстве, не исключают применения смертной казни, очевидно исходя из признания того, что практика государств в этом отношении в настоящее время является различной.

79. И действительно, международные договоры, касающиеся преступлений, не диктуют государствам-участникам, какие наказания назначать (или не назначать), а, скорее, оставляют на усмотрение государств-участников установление наказания на основе обстоятельств, касающихся конкретного нарушителя или преступления²⁸³. Конвенция о предупреждении преступления ге-

²⁷⁹ *Ibid.*, Испания, ссылается на статью 607 bis, пункт 2, своего Уголовного кодекса. См. также *ibid.*, Германия, и Written comments to the International Law Commission (2016), Австралия приводит примеры других государств с различными диапазонами приговоров за различные типы преступлений.

²⁸⁰ *Ibid.*, Финляндия, ссылается на главу 11, разделы 3–4, своего Уголовного кодекса.

²⁸¹ *Ibid.*, Швейцария, ссылается на статью 264(a) своего Уголовного кодекса.

²⁸² Общий обзор, см. Hood and Hoyle.

²⁸³ См., например, Комиссия по правам человека, Доклад Межсессионной рабочей группы открытого состава по разработке проекта имеющего обязательную силу нормативного документа для защиты всех лиц от насильственных исчезновений (E/CN.4/2004/59), пункт 58 (указывается, что «ряд делегаций с удовлетворением отметили «поле для маневра», предоставленное государствам» в этом положении); Cassese, pp. 219–220;

ноцида и наказании за него просто призывает к тому, чтобы предусмотреть «эффективные меры наказания лиц, виновных в совершении геноцида или других упомянутых... преступлений» (статья V). В национальной практике гибкий характер этого обязательства привел к тому, что устанавливаемые за преступление геноцида наказания варьируются от различных сроков тюремного заключения до пожизненного лишения свободы или до смертной казни. Имеются вариации в мерах наказания за пять различных актов геноцида, перечисленных в статье II(а)–(е) Конвенции (за убийство обычно назначаются самые суровые наказания), и вариации в связи с различными формами уголовно-наказуемого участия (за покушение, сговор и прямое и публичное подстрекательство к геноциду порой назначаются менее суровые наказания, в частности за последнее из них, что объясняется беспокойством по поводу воздействия на свободу выражения мнений)²⁸⁴. По словам одного из авторов:

Большинство национальных правовых систем относятся к соучастникам [в преступлении геноцида] так же сурово, как и к главным исполнителям, в зависимости от конкретных обстоятельств. Таким образом, пособник и подстрекатель может быть подвергнут более суровым мерам наказания. Во многих судебных системах за покушение на совершение преступления устанавливаются значительно меньшие меры наказания, и этот же принцип должен применяться в отношении геноцида. Преступление в виде прямого и публичного подстрекательства рассматривается во внутригосударственном законодательстве как гораздо менее серьезное, чем другие формы участия в совершении геноцида²⁸⁵.

80. Женевские конвенции о защите жертв войны также предусматривают общий стандарт, но оставляют на усмотрение индивидуальных государств назначение соответствующего наказания, требуя лишь того, чтобы «Высокие Договаривающиеся Стороны [взяли на себя] обязательство ввести в действие законодательство, необходимое для обеспечения эффективных уголовных наказаний... [за] те или иные серьезные нарушения настоящей Конвенции»²⁸⁶.

81. Более недавние договоры, касающиеся преступлений в национальных правовых системах, обычно указывают на то, что наказание должно быть «соответствующим». Хотя Комиссия международного права первоначально предложила термин «суровые наказания» для использования в ее проекте статей о дипломатических агентах и других пользующихся защитой лицах, термин «соответствующие наказания» был вместо этого использован государствами в Конвенции о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов,

см. также Доклад Специального комитета по разработке международной конвенции о борьбе с захватом заложников, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать вторая сессия, Дополнение № 39 (A/32/39)*, 13-е заседание, стр. 79–80, пункт 4 (комментарии Соединенных Штатов Америки).

²⁸⁴ См., например, *Public Prosecutor and Fifteen anonymous victims v. Van Anraat, Case No. 22-000509-06-2, Decision of 9 May 2007*, Court of Appeal of The Hague. См. также van der Wilt, “Genocide, complicity in genocide and international v. domestic jurisdiction: reflections on the van Anraat case”; и Saul, p. 72.

²⁸⁵ Schabas, *Genocide in International Law: the Crime of Crimes*, p. 470.

²⁸⁶ Женевская конвенция об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях (Конвенция I), статья 49; Женевская конвенция об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море (Конвенция II), статья 50; Женевская конвенция об обращении с военнопленными (Конвенция III), статья 129; и Женевская конвенция о защите гражданского населения во время войны (Конвенция IV), статья 146.

1973 года²⁸⁷. Этот термин стал образцом для последующих договоров²⁸⁸. В то же время положение о «соответствующих» наказаниях в Конвенции 1973 года сопровождалось формулировкой, требующей, чтобы наказание учитывало «тяжкий характер» преступления²⁸⁹. Комиссия прокомментировала, что такая ссылка имеет целью подчеркнуть, что наказание должно учитывать важные «мировые интересы», поставленные на карту при вынесении наказания за такое преступление²⁹⁰. Начиная с 1973 года этот подход, а именно то, что каждое «государство-участник устанавливает соответствующие наказания за такие преступления с учетом их тяжкого характера», был принят в многочисленных международных договорах, включая Конвенцию против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания²⁹¹. В некоторых договорах вопрос о тяжести выражается с использованием таких терминов, как «чрезвычайная серьезность», «серьезный характер» или «чрезвычайная тяжесть» этих преступлений²⁹².

²⁸⁷ См. статья 2, пункт 2 («Каждое государство-участник предусматривает соответствующие наказания за такие преступления...»). Что касается анализа того, почему термин «суровые» был опущен, см. Wood, p. 805 (признается, что предложение Комиссии о «суровом» наказании «было подвергнуто критике ввиду того, что оно наводило на мысль о том, что наказание должно быть более тяжелым просто потому, что жертва была лицом, пользующимся международной защитой»).

²⁸⁸ См. Nowak and McArthur, p. 232. Использование термина «соответствующие», а не «суровые» наказания считалось предпочтительным в ходе разработки Международной конвенции о борьбе с захватом заложников по сути дела потому, что между государствами не было согласия в отношении того, что является «суровым» наказанием на национальном уровне. См. Доклад Специального комитета по разработке международной конвенции о борьбе с захватом заложников (сноска 283 выше), 14-е заседание, стр. 90–91, пункт 25 (Мексика); *там же*, стр. 93, пункт 39 (Нидерланды); и 15-е заседание, стр. 99, пункт 12 (Дания). В ходе переговоров несколько государств отдавали предпочтение формулировке «соответствующие наказания» потому, что, по их мнению, она лучше отражает «гарантию правовой справедливости»; их беспокоило то, что более напористая формулировка может привести к нарушению прав человека в национальных правовых системах. *Там же*, 13-е заседание, стр. 84, пункт 17 (Иран); *там же*, 14-е заседание, стр. 87, пункт 7 (Чили); *там же*, стр. 90–91, пункт 25 (Мексика); и *там же*, 15-е заседание, стр. 97, пункт 3 (Никарагуа). В конечном итоге, Конвенция предусматривает «соответствующие наказания за преступления... с учетом тяжкого характера этих преступлений». См. Международная конвенция о борьбе с захватом заложников, статья 2.

²⁸⁹ См. Конвенция о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов, статья 2, пункт 2 («...предусматривает соответствующие наказания за такие преступления с учетом их тяжкого характера»). См. также Доклад Специального комитета по разработке международной конвенции о борьбе с захватом заложников (сноска 283 выше), стр. 86–87, пункт 6.

²⁹⁰ *Ежегодник... 1972 год*, том II, стр. 316, пункт (12) комментария к статье 2.

²⁹¹ Статья 4. См. также Конвенция о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала, статья 9, пункт 2 («соответствующие наказания за преступления... с учетом их тяжкого характера»); Международная конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом, статья 4, пункт (b) («соответствующих наказаний с учетом тяжкого характера этих преступлений»); Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма, статья 4, пункт (b) («соразмерных наказаний с учетом тяжести этих преступлений»); и Конвенция ОАЕ о предотвращении терроризма и борьбе с ним, 1999 год, статья 2(a) («соответствующие наказания за такие акты, которые принимают во внимание отягчающие обстоятельства таких преступлений»).

²⁹² См., например, Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений, статья 7, пункт 1 («соответствующие меры наказания с учетом его

82. Размышляя над такой формулировкой, один из авторов высказал следующую мысль:

В этой формулировке есть определенный элемент преднамеренной непонятности..., отражающий тот факт, что системы наказания различаются от государства к государству и что поэтому было бы трудно и нежелательно (с точки зрения многих государств), если бы Конвенция устанавливала какие-то конкретные меры наказания — или диапазон мер наказания — за эти преступления. Можно, разумеется, доказывать, что конвенция, касающаяся преступления, вызывающего беспокойство международного сообщества, в соответствии с которой преступник может быть подвергнут тому или иному уголовному преследованию просто на основе взятия под стражу, должна закреплять единообразный диапазон мер наказания, как ради последовательности, так и для обеспечения того, чтобы какое-то наказание было, в конечном итоге, назначено. Вместе с тем представляется маловероятным, чтобы государства были готовы принять любое такое обязательство²⁹³.

83. И все же формулировка, призывающая к тому, чтобы наказание отражало тяжесть преступления, позволяет подчеркнуть, «что назначенные наказания должны быть близкими к тем, которые обычно устанавливаются участниками за серьезные, а не за малозначительные преступления», хотя при этом все равно надо считаться с национальными системами индивидуальных государств²⁹⁴.

Н. Проект статьи 5. Криминализация согласно национальному законодательству

84. С учетом этих соображений Специальный докладчик предлагает следующий проект статьи:

Проект статьи 5. Криминализация согласно национальному законодательству

1. Каждое государство принимает необходимые меры для обеспечения того, чтобы нижеследующие деяния были преступлениями согласно его уголовному праву: совершение преступления против человечности; покушение на совершение такого преступления; и отдача приказа, предложение, побуждение, пособничество, подстрекательство или содействие либо способствование иным образом совершению или покушению на совершение такого преступления.

2. Каждое государство также принимает необходимые меры для обеспечения того, чтобы нижеследующие деяния были преступлениями согласно его уголовному праву:

а) военный командир или лицо, эффективно действующее в качестве военного командира, подлежит уголовной ответственности за преступления против человечности, совершенные силами, находящимися под его эффективным командованием и контролем либо, в зависимости от обстоятельств, под

чрезвычайной серьезности»); Межамериканская конвенция о предупреждении пыток и наказании за них, статья 6 («суровые наказания, учитывающие их серьезный характер»); и Межамериканская конвенция о насильственном исчезновении лиц, статья III («соответствующее наказание, соизмеримое с его чрезвычайной тяжестью»).

²⁹³ Lambert, p. 102.

²⁹⁴ См. Ingelse, p. 320; Lambert, p. 103; и Nowak and McArthur, p. 249.

его эффективной властью и контролем, в результате неосуществления им контроля надлежащим образом над такими силами, когда:

- i) такой военный командир или такое лицо либо знало, либо, в сложившихся на тот момент обстоятельствах, должно было знать, что эти силы совершали или намеревались совершить такие преступления; и
- ii) такой военный командир или такое лицо не приняло всех необходимых и разумных мер в рамках его полномочий для предотвращения или пресечения их совершения либо для передачи данного вопроса в компетентные органы для расследования и уголовного преследования;

b) Применительно к отношениям начальника и подчиненного, не описанным в пункте (а), начальник подлежит уголовной ответственности за преступления против человечности, совершенные подчиненными, находящимися под его эффективной властью и контролем, в результате неосуществления им контроля надлежащим образом над такими подчиненными, когда:

- i) начальник либо знал, либо сознательно проигнорировал информацию, которая явно указывала на то, что подчиненные совершали или намеревались совершить такие преступления;
- ii) преступления затрагивали деятельность, подпадающую под эффективную ответственность и контроль начальника; и
- iii) начальник не принял всех необходимых и разумных мер в рамках его полномочий для предотвращения или пресечения их совершения либо для передачи данного вопроса в компетентные органы для расследования и уголовного преследования.

3. Каждое государство принимает также необходимые меры для обеспечения того, чтобы:

- a) тот факт, что преступление, о котором идет речь в настоящем проекте статьи, было совершено по приказу начальника, будь то военного или гражданского, не являлось основанием для исключения уголовной ответственности подчиненного;
- b) в отношении преступления, о котором идет речь в настоящем проекте статьи, не устанавливается никакой срок давности; и
- c) в отношении преступления, о котором идет речь в настоящем проекте статьи, устанавливаются соответствующие наказания, учитывающие их тяжкий характер.

Глава II

Установление национальной юрисдикции

85. Всякий раз, как то или иное государство принимает национальный закон, криминализирующий какое-либо преступление, это государство должно также определять степень своей национальной юрисдикции²⁹⁵, когда происходят та-

²⁹⁵ В большинстве случаев «юрисдикция» в контексте национального законодательства описывает те параметры, в которых то или иное государство разрабатывает (или «предписывает»), применяет и обеспечивает правовой санкцией нормы поведения,

кие преступления. Таким образом, государство может устанавливать юрисдикцию только тогда, когда преступление имеет место в пределах его территории, или только тогда, когда один из его граждан совершает преступление, либо на какой-то иной основе, будь то в отдельности или в комбинации. Например, что касается преступлений против человечности, то в первом докладе было отмечено, что, как показало исследование национальных законов 83 государств, только 21 из них устанавливали юрисдикцию в отношении негражданина, который предположительно совершил за границей преступление против неграждан²⁹⁶.

86. Как правило, международные документы стремятся стимулировать государства к установлению относительно широкого диапазона юрисдикционных основ в рамках национального законодательства для рассмотрения самых серьезных преступлений, вызывающих обеспокоенность международного сообщества, с тем чтобы не оставалось никакого убежища для тех, кто совершает преступление. Так, согласно подготовленному Комиссией в 1996 году проекту кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, «каждое государство-участник принимает такие меры, которые могут быть необходимы, для установления своей юрисдикции в отношении преступлений», указанных в проекте кодекса, помимо преступления агрессии, «независимо от того, где и кем были совершены эти преступления»²⁹⁷. Широта такой юрисдикции была необходимой потому, что «Комиссия считала, что для эффективного осуществления настоящего Кодекса требуется комбинированный подход к юрисдикции, основанный на самой широкой юрисдикции национальных судов вкупе с возможной юрисдикцией международного уголовного суда»²⁹⁸. В преамбуле к Римскому статуту Международного уголовного суда предусматривается, что «самые серьезные преступления, вызывающие озабоченность всего международного сообщества, не должны оставаться безнаказанными и что их действительное преследование должно быть обеспечено... мерами, принимаемыми на национальном уровне», и далее, что «обязанностью каждого государства является осуществление его уголовной юрисдикции над лицами, несущими ответственность за совершение международных преступлений».

87. По сути дела, когда международные договоры, касающиеся преступлений, затрагивают вопросы осуществления национальных законов, они обычно включают положение об установлении национальной юрисдикции. Например, обсуждения в рамках рабочей группы Совета по правам человека, созданной для выработки международного документа о насильственных исчезновениях,

относящиеся к физическим лицам, и она может принимать многообразные формы. См. Staker. Даже если международное право разрешает осуществлять какую-то определенную форму национальной юрисдикции, то или иное конкретное государство, возможно, не ввело в действие национальные законы, которые позволяют ему осуществлять такую юрисдикцию в максимально возможной степени. См. в общем плане Naqvi.

²⁹⁶ *Ежегодник... 2014 год*, том II (Часть первая), документ A/CN.4/680, пункт 61. См. также Mitchell, paras. 34–35 (устанавливается, что «только 52 процента из 94 государств, юрисдикционная позиция которых известна, имеют национальное законодательство, достаточное для уголовного преследования негражданина, который предположительно совершил преступления против человечности за пределами государства»).

²⁹⁷ Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества (см. сноску 134 выше), статья 8, стр. 27.

²⁹⁸ Там же, стр. 28, пункт (5).

привели к заключению о том, что «установление самой широкой компетенции в пользу национальных судов по уголовным делам при решении вопроса о насильственных исчезновениях представляется одним из условий эффективности будущего документа»²⁹⁹. В то же время, хотя в случае большинства договоров, касающихся международных преступлений, «обязательным требованием для государств является „установление“ юрисдикции в отношении конкретных преступлений,... это не влечет за собой обязательства осуществлять эту юрисдикцию в том или ином конкретном деле»³⁰⁰. Скорее, такие договоры обычно лишь обязывают государство-участник *осуществлять* его юрисдикцию тогда, когда предполагаемый преступник находится на территории этого государства-участника (см. главу IV настоящего доклада), что ведет либо к передаче данного вопроса для уголовного преследования в этом государстве-участнике, либо к выдаче предполагаемого преступника или его передаче в распоряжение другого государства-участника или компетентного международного трибунала (см. главу V настоящего доклада).

88. Приведенный ниже анализ разъясняет типы национальной юрисдикции, которые обычно должны устанавливаться в соответствии с международными договорами, касающимися преступлений.

А. Типы национальной юрисдикции в отношении преступлений

89. Как было указано выше, главная цель международных договоров, касающихся преступных деяний, заключается в том, чтобы обязать государства устанавливать национальную юрисдикцию таким образом, чтобы затруднить предполагаемому преступнику поиск убежища где бы то ни было в мире. Например, статья 5 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания обязывает каждое государство-участник устанавливать несколько типов национальной юрисдикции в отношении преступления пыток. Эта статья предусматривает:

1. Каждое Государство-участник принимает такие меры, которые могут оказаться необходимыми для установления его юрисдикции в отношении преступлений, указанных [в настоящей Конвенции] в следующих случаях:

а) когда преступления совершены на любой территории, находящейся под его юрисдикцией, или на борту морского или воздушного судна, зарегистрированного в данном Государстве;

б) когда предполагаемый преступник является гражданином данного Государства;

с) когда жертва является гражданином данного Государства и если данное Государство считает это целесообразным.

2. Каждое Государство-участник аналогичным образом принимает такие меры, которые могут оказаться необходимыми, чтобы установить свою юрисдикцию в отношении таких преступлений в случаях, когда предполагае-

²⁹⁹ Комиссия по правам человека, Доклад Межсессионной рабочей группы открытого состава по разработке проекта имеющего обязательную силу нормативного документа для защиты всех лиц от насильственных исчезновений (E/CN.4/2003/71), пункт 65.

³⁰⁰ McClean, p. 167.

мый преступник находится на любой территории под его юрисдикцией, и оно не выдает его в соответствии со статьей 8³⁰¹ любому из государств, упомянутых в пункте 1 настоящей статьи.

3. Настоящая Конвенция не исключает осуществления любой уголовной юрисдикции в соответствии с внутренним законодательством.

90. Таким образом, в пункте 1(а) статьи 5 требуется, чтобы юрисдикция устанавливалась тогда, когда преступление совершается на территории государства — этот тип юрисдикции часто именуется «территориальной юрисдикцией». В пункте 1(б) статьи 5 речь идет о юрисдикции, когда предполагаемый преступник является гражданином государства — этот тип юрисдикции иногда называют «юрисдикцией по принципу гражданства» или «юрисдикцией активной личности». В пункте 1(с) статьи 5 речь идет о юрисдикции, когда жертва преступления является гражданином государства — этот тип юрисдикции иногда называют «юрисдикцией пассивной личности». Примечательно то, что этот последний тип юрисдикции в Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания является факультативным: государство может устанавливать такую юрисдикцию, «если данное Государство считает это целесообразным», но государство не обязано делать это.

91. Пункт 2 статьи 5 касается ситуации, когда других типов юрисдикции, возможно, не существует, а предполагаемый преступник «находится» на территории под юрисдикцией государства. В такой ситуации, даже если преступление не совершено на его территории, предполагаемый преступник не является его гражданином и жертва (жертвы) преступления не является его гражданином, государство, тем не менее, обязано устанавливать юрисдикцию ввиду нахождения предполагаемого преступника на его территории. Это обязательство помогает предотвратить поиск предполагаемым преступником убежища в государстве, с которым преступление ни в каких других отношениях никак не связано. Однако в ситуациях, когда предполагаемый преступник не находится на территории государства, эта статья не навязывает государству никакого обязательства устанавливать юрисдикцию в отношении преступления.

92. Положения, сопоставимые со статьей 5, существуют во многих недавних договорах, касающихся преступлений, включая Международную конвенцию для защиты всех лиц от насильственных исчезновений (статья 9). Хотя пока еще нет никакой конвенции, касающейся преступлений против человечности, судьи Хиггинс, Койманс и Бюргенталь в своем особом мнении по делу *Об ордере на арест* указали, что:

Эта серия многосторонних договоров с их специальными юрисдикционными положениями отражает решимость международного сообщества добиться того, чтобы те, кто совершает военные преступления, насильственные угоны, захваты заложников [и] пытки, не оставались безнаказанными. Хотя преступления против человечности еще не являются предметом отдельной конвенции, не следует сомневаться в аналогичном международном негодовании по поводу таких актов³⁰².

³⁰¹ Статья 8 касается вопросов, влекущих выдачу.

³⁰² *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal, p. 78, para. 51.

93. Установление этих типов национальной юрисдикции также важно в качестве поддержки отдельного положения в Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, в котором излагается обязательство *aut dedere aut judicare*³⁰³. В своем особом мнении по делу *Об ордере на арест* судья Гийом отметил следующее в отношении «системы», созданной на основании договоров такого рода:

Когда исполнитель любого из преступлений, охватываемых этими конвенциями, находится на территории того или иного государства, это государство обязано арестовать его, а затем либо выдать, либо подвергнуть уголовному преследованию. Оно должно было прежде всего предоставить своим судам юрисдикцию, чтобы судить его, если его не выдают. Таким образом, универсальное наказание за все преступления, о которых идет речь, гарантируется, поскольку исполнителям отказывают в убежище во всех государствах³⁰⁴.

94. Каждый из этих типов юрисдикции вкратце рассматривается ниже.

1. Когда преступление совершается на территории государства

95. Национальная уголовная юрисдикция главным образом сосредоточена на преступлениях, совершаемых на территории государства. И действительно, согласно национальному законодательству многих государств уголовное право часто презюмируется как применяемое только к деяниям, имеющим место на территории государства, и не к деяниям, происходящим экстерриториально, если только в национальном законодательстве не указано иное³⁰⁵. Исторически международное право признавало допустимость того, чтобы государство устанавливало и осуществляло такую «территориальную юрисдикцию», рассматривая ее как неотъемлемый аспект суверенитета государства³⁰⁶.

96. Государства, принявшие национальные законы о преступлениях против человечности, неизменно устанавливают юрисдикцию в отношении таких преступлений, когда они происходят в пределах территории государства, что можно видеть из письменных комментариев по этой теме, представленных Комиссии³⁰⁷. Так, Бельгия наказывает за “[l]’infraction commise sur le territoire du royaume, par des Belges ou par des étrangers” («правонарушение, совершенное на территории Королевства бельгийцами или иностранцами»)³⁰⁸. Нидерланды «способны осуществлять юрисдикцию в отношении предполагаемого преступника за совершение преступления против человечности в следующих случаях: преступление против человечности совершено в Нидерландах (территориаль-

³⁰³ Crawford, pp. 469–471; и McClean, p. 170.

³⁰⁴ *Arrest Warrant of 11 April 2000* (см. сноску 302 выше), Separate Opinion of President Guillaume, p. 39, para. 9.

³⁰⁵ Bantekas, *International Criminal Law*, p. 332; см. также Clapham, *Brierly’s Law of Nations*, p. 242; Lambert, p. 144; Nowak and McArthur, pp. 264 and 308; Staker, p. 316; и Thalmann, p. 237 (ссылается на *Case of the S.S. “Lotus”*).

³⁰⁶ См. в общем плане Clapham, *Brierly’s Law of Nations*, p. 242; Crawford, pp. 458–459; Lambert, p. 147; Shaw, pp. 474–475; и Dupuy and Kerbrat, p. 602.

³⁰⁷ Помимо того, что обсуждается здесь, см. Written comments to the International Law Commission (2015), Финляндия; *ibid.*, Германия; Criminal Code of Switzerland of 21 December 1937, art. 3, имеется по адресу www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes; и Written comments to the International Law Commission (2015), Соединенное Королевство.

³⁰⁸ *Ibid.*, Бельгия, ссылается на статью 3 своего Уголовного кодекса.

ный принцип — статья 2 Уголовного кодекса); преступление против человечности совершено *на борту* морского или воздушного судна, зарегистрированного в Нидерландах (принцип флага — статья 3 Уголовного кодекса)³⁰⁹. Уголовный кодекс Франции “*est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République. L’infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu’un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire, et dans d’autres cas particuliers concernant les infractions commises à bord des navires battant un pavillon français*” («применим к правонарушениям, совершаемым на территории Республики. Правонарушение считается совершенным на территории Республики, коль скоро один из составляющих его элементов имел место на этой территории», равно как и в других соответствующих случаях в связи с правонарушениями, совершенными на борту судов, плавающих под французским флагом)³¹⁰. В Испании «суды обладают юрисдикцией для слушания дел, связанных с преступлениями или уголовно-наказуемыми проступками, совершенными на территории Испании или на борту испанских морских или воздушных судов ...»³¹¹. Республика Корея также применяет свои законы о преступлениях против человечности «к любому корейскому гражданину или иностранцу, который совершает преступление, предусмотренное в настоящем Законе, на территории Республики Корея» и «к любому иностранцу, который совершает преступление, предусмотренное в настоящем Законе, на борту морского или воздушного судна, зарегистрированного в Республике Корея, когда оно находится за пределами территории Республики Корея»³¹².

97. Как отмечается в некоторых из этих примеров, территориальная юрисдикция часто охватывает юрисдикцию в отношении преступлений, совершаемых на борту морского или воздушного судна, зарегистрированного в конкретном государстве³¹³; и действительно, государства, принявшие национальные законы о преступлениях против человечности, обычно устанавливают юрисдикцию в отношении деяний, происходящих на борту такого морского или воздушного судна³¹⁴.

98. Многие государства, принявшие какой-либо законодательный акт в отношении преступлений против человечности, не касаются явно вопроса о юрисдикции в рамках такого законодательного акта. Скорее, национальная система уголовного права построена так, что, как только какое-то уголовное преступление определяется в национальном законодательстве, территориальная юрисдикция автоматически существует в отношении этого преступления. Так, Уголовный кодекс Болгарии применяется «ко всем преступлениям, совершенным на территории Республики Болгария»³¹⁵. То же самое относится, в частности, к Кубе³¹⁶, Германии³¹⁷, Венгрии³¹⁸, Мексике³¹⁹, Российской Федерации³²⁰ и Турции³²¹.

³⁰⁹ *Ibid.*, Нидерланды.

³¹⁰ *Ibid.*, Франция.

³¹¹ *Ibid.*, Испания, Annex II, art. 23.

³¹² *Ibid.*, Республика Корея, ссылается на статью 3 своего Уголовного кодекса.

³¹³ Bantekas, *International Criminal Law*, p. 337; и Cassese *et al.*, p. 275.

³¹⁴ См., например, Written comments to the International Law Commission (2015), Франция; *ibid.*, Нидерланды; *ibid.*, Республика Корея, ссылается на статью 3, пункты (1) и (3), своего Уголовного кодекса; и *ibid.*, Испания, Annex II, art. 23.

³¹⁵ Criminal Code of Bulgaria (см. сноску 63 выше), art. 3.

³¹⁶ Criminal Code of Cuba (см. сноску 65 выше), art. 4, para. 1.

99. Договоры, касающиеся преступлений, обычно обязывают государства-участники устанавливать территориальную юрисдикцию в отношении преступления, как это было указано выше в отношении статьи 5 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания³²². Аналогичные положения можно найти в Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов (статья 4); Конвенции о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации (статья 5, пункт 1(a)–(b)); Конвенции о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов (статья 3); Международной конвенции о борьбе с захватом заложников (статья 5, пункт 1(a)); Межамериканской конвенции 1985 года о предупреждении пыток и наказании за них (статья 12(a)); Конвенции о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала (статья 10(1)(a)); Межамериканской конвенции о насильственном исчезновении лиц (статья IV); Международной конвенции о борьбе с бомбовым терроризмом (статья 6, пункт 1(a)–(b)); Международной конвенции о борьбе с финансированием терроризма (статья 7, пункт 1(a)–(b)); Конвенции ОАЕ о предотвращении терроризма и борьбе с ним, 1999 год (статья 6, пункт 1(a)–(b)); Конвенции Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности (статья 15, пункт 1(a)–(b)); Международной конвенции для защиты всех лиц от насильственных исчезновений (статья 9, пункт 1(a)); и Конвенции АСЕАН о противодействии терроризму (статья VII, пункт 1(a)–(b)).

100. При разработке того, что станет Конвенцией о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов, Комиссия четко отметила «общепризнанный примат принципа территориальности в вопросах юрисдикции»³²³. Как указы-

³¹⁷ Criminal Code of Germany of 13 November 1998, sect. 3, имеется по адресу germanlawarchive.iuscomp.org/?p=752.

³¹⁸ Criminal Code of the Republic of Hungary (см. сноску 70 выше), sect. 3, para. (1)a).

³¹⁹ Federal Criminal Code of Mexico (см. сноску 74 выше), arts. 1 and 5.

³²⁰ Уголовный кодекс Российской Федерации (см. сноску 77 выше), статья 11.

³²¹ Criminal Code of Turkey, Law No. 5237 of 26 September 2004, art. 8, para. (2), имеется по адресу www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes.

³²² Статья VI Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него предусматривает, что государства-участники должны осуществлять юрисдикцию, когда преступление совершается в пределах их территории («Лица, обвиняемые в совершении геноцида или других перечисленных в [этой Конвенции] деяний, должны быть судимы компетентным судом того государства, на территории которого было совершено это деяние»). С этой целью государства-участники внедряют соответствующее договорное обязательство в свое национальное законодательство либо напрямую, либо через законодательный акт о его введении в действие. Например, Соединенные Штаты предусматривают юрисдикцию в отношении преступлений геноцида, а также подстрекательства к совершению геноцида, покушения на его совершение и заговора с целью его совершения, если «преступление совершается полностью или частично в пределах Соединенных Штатов» (United States Code, Title 18, sect. 1091(e)).

³²³ *Ежегодник ... 1972 год*, том II, стр. 320, пункт (6) комментария к статье 8 проекта статей о защите и неприкосновенности дипломатических агентов и других лиц, имеющих право на специальную защиту в соответствии с международным правом.

вали авторы, территориальная основа юрисдикции является бесспорной и обычно не вызывает возражений при работе над этими договорами³²⁴.

2. Когда преступление совершается гражданином государства

101. Национальное законодательство может также позволять установление юрисдикции в отношении преступлений, совершаемых за пределами территории государства гражданином этого государства; такой тип юрисдикции часто называют «юрисдикцией по принципу гражданства» или «юрисдикцией активной личности»³²⁵. Как уже отмечалось, «правомочность государства преследовать в судебном порядке своих граждан исключительно на основе их гражданства — и независимо от коллидирующей претензии государства территориальной юрисдикции — основана на преданности своей стране гражданства в соответствии с внутригосударственным правом»³²⁶.

102. Из тех государств, которые ответили на просьбу Комиссии представить информацию об их национальных законах, касающихся преступлений против человечности, большинство указали, что они предусматривают такую юрисдикцию³²⁷. Например, Бельгия установила юрисдикцию в отношении “*tout Belge ou toute personne ayant sa résidence principale sur le territoire du royaume qui, hors du territoire du royaume, se sera rendu coupable*” («любого бельгийца или любого лица, главное место проживания которого находится на территории Королевства и которое за пределами территории Королевства будет признано виновным») ³²⁸. Нидерланды «способны осуществлять юрисдикцию в отношении предполагаемого преступника за совершение преступления против человечности в случае, если ... преступление против человечности совершено за пределами Нидерландов *голландским гражданином* (в том числе в ситуации, когда предполагаемый преступник стал голландским гражданином только после совершения преступления) (принцип действующего гражданства — статья 2 Закона о международных преступлениях); преступление против человечности совершено за пределами Нидерландов *лицом, постоянно проживающим в Голландии*, на условиях двойной наказуемости (принцип действующего гражданства — статья 7(1) [и] (3) Уголовного кодекса)»³²⁹. Французское законодательство также установило “*la compétence pénale active des juridictions françaises, lorsque l’auteur est français (Article L 113-6 du Code pénal: ‘la loi pénale française est applicable à tout crime commis par un Français hors du territoire de la République’)*” («активную уголовную правомочность французской юрисдик-

³²⁴ См. Clapham, *Brierly’s Law of Nations*, p. 242; Lambert, p. 144; Nowak and McArthur, pp. 264 and 308; Shaw, p. 477; и Thalmann, p. 237.

³²⁵ См. Clapham, *Brierly’s Law of Nations*, p. 242; Crawford p. 459; Dupuy and Kerbrat, p. 602; и Shaw, p. 479.

³²⁶ Bantekas, *International Criminal Law*, p. 338. См. также Lambert, p. 147; Crawford, pp. 459 and 461; Shaw, pp. 279 and 482; и Staker, pp. 318–319.

³²⁷ Помимо того, что обсуждается здесь, см. Written comments to the International Law Commission (2015), Австрия; *ibid.*, Куба, ссылается на статью 5, пункт 2, своего Уголовного кодекса; *ibid.*, Финляндия; *ibid.*, Германия, ссылается на раздел 153f, пункт (2)1, своего Уголовного кодекса; *ibid.*, Испания, Annex II, art. 23; и *ibid.*, Соединенное Королевство.

³²⁸ *Ibid.*, Бельгия, ссылается на статью 6, пункт 1, предварительного раздела своего Уголовно-процессуального кодекса.

³²⁹ *Ibid.*, Нидерланды.

ции, когда *исполнитель является французом* (статья L 113-6 Уголовного кодекса: «французское уголовное законодательство применимо ко всем преступлениям, совершаемым французом за пределами территории Республики»))»³³⁰. Республика Корея может применять свои правовые положения, касающиеся преступлений против человечности, «к любому корейскому гражданину, который совершает преступление, предусмотренное в настоящем Законе, за пределами территории Республики Корея»³³¹.

103. Ни Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него, ни Женевские конвенции о защите жертв войны не обязывают государства-участники устанавливать юрисдикцию по принципу гражданства, хотя в ходе подготовительной работы над первой из них было высказано мнение о том, что государства будут осуществлять юрисдикцию по принципу гражданства в отношении предполагаемых преступников³³². Тем не менее юрисдикция по принципу гражданства является отличительной чертой практически всех современных международных договоров, касающихся преступлений, включая Конвенцию о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов (статья 3); Международную конвенцию о борьбе с захватом заложников (статья 5, пункт 1(b)); Конвенцию против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (статья 5, пункт 1(b)); Межамериканскую конвенцию о предупреждении пыток и наказании за них (статья 12(b)); Конвенцию о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала (статья 10(1)(b)); Межамериканскую конвенцию о насильственном исчезновении лиц (статья IV, пункт (b)); Международную конвенцию о борьбе с бомбовым терроризмом (статья 6, пункт 1(c)); Международную конвенцию о борьбе с финансированием терроризма (статья 7, пункт 1(c)); Конвенцию ОАЕ о предупреждении терроризма и борьбе с ним, 1999 год (статья 6, пункт 1(c)); Международную конвенцию для защиты всех лиц от насильственных исчезновений (статья 9, пункт 1(b)); и Конвенцию АСЕАН о противодействии терроризму (статья VII, пункт 1(c)). Однако в Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов такой формулировки нет.

104. Такие конвенции не налагают обязательство устанавливать юрисдикцию в отношении лиц, не являющихся гражданами, но являющихся законными постоянными жителями в государстве-участнике. По сути дела, на усмотрение государств-участников остается вопрос о том, устанавливать ли в их национальном законодательстве юрисдикцию также и в отношении постоянных жителей³³³. Как отмечается ниже, в соответствии с такими конвенциями, однако, государство-участник обычно бывает обязан установить юрисдикцию в отношении любых предполагаемых преступников, которые находятся на его территории, включая либо постоянных жителей, либо апатридов.

³³⁰ *Ibid.*, Франция (эмфаза в оригинале).

³³¹ *Ibid.*, Республика Корея, ссылается на статью 3, пункт 2, своего Уголовного кодекса.

³³² См. Conclusion of the consideration of the draft convention on genocide [E/794]: report of the Economic and Social Council [A/633], 2 December 1948 (A/C.6/SR.134), pp. 715–718.

³³³ См., например, Ireland-Piper, p. 74.

3. Когда преступление совершается против гражданина государства

105. Национальное законодательство может также устанавливать юрисдикцию в отношении преступлений, совершенных за пределами территории государства, когда жертвой преступления является гражданин этого государства; этот тип юрисдикции иногда называют юрисдикцией «пассивной личности» или «пассивного гражданства»³³⁴. Установление государствами юрисдикции этого типа является менее распространенным, чем установление территориальной юрисдикции или юрисдикции по принципу гражданства; некоторые государства установили этот тип юрисдикции по меньшей мере в отношении некоторых видов преступлений, в то время как другие государства не сделали этого, а третьи активно выступают против нее. Те, кто выступает за нее, доказывают, что такая юрисдикция может помочь заполнить юрисдикционный пробел и что государства имеют большой интерес в защите своих граждан по крайней мере от определенных видов серьезных преступлений, таких как взятие заложников³³⁵. Государства, выступающие против такой юрисдикции, выражают обеспокоенность по поводу пропаганды такой юрисдикции, которая может использоваться в ненадлежащих целях или по меньшей мере приводить к ненужным, коллидирующим притязаниям³³⁶.

106. Из тех государств, которые ответили на просьбу Комиссии представить информацию об их национальных законах, касающихся преступлений против человечности, многие указали на то, что они предусматривают такую юрисдикцию³³⁷. Например, Бельгия установила юрисдикцию в отношении серьезного нарушения международного гуманитарного права, “*commise contre une personne qui, au moment des faits, est un ressortissant belge ou un réfugié reconnu en Belgique et y ayant sa résidence habituelle ... ou une personne qui, depuis au moins trois ans, séjourne effectivement, habituellement et légalement en Belgique*” («совершенного против лица, которое в момент совершения деяния является бельгийским гражданином или беженцем, признанным в Бельгии и имеющим там свое постоянное место жительства ... либо лицом, которое на протяжении по меньшей мере трех лет действительно, обычно и на законных основаниях проживает в Бельгии»)³³⁸. Аналогичным образом, «Нидерланды способны осуществлять юрисдикцию в отношении предполагаемого преступника за совершение преступления против человечности в случае, если ... преступление про-

³³⁴ Crawford, p. 461; и Shaw, p. 482.

³³⁵ Доклад Специального комитета по разработке международной конвенции о борьбе с захватом заложников, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать третья сессия*, Дополнение № 39 (A/33/39), 23-е заседание, стр. 46, пункт 15 (Франция); стр. 50, пункт 32 (Алжир); и стр. 51, пункт 33 (Нигерия).

³³⁶ Там же, стр. 44, пункт 6 (Нидерланды); стр. 46, пункт 11 (Соединенное Королевство); стр. 48, пункт 20 (Германия); стр. 49, пункт 24 (Соединенные Штаты); и стр. 50, пункт 29 (Союз Советских Социалистических Республик).

³³⁷ Помимо того, что обсуждается здесь, см. Written comments to the International Law Commission (2015), Австрия; *ibid.*, Финляндия; *ibid.*, Германия, ссылается на раздел 153f, пункт (2)2, своего Уголовного кодекса; *ibid.*, Испания, ссылается на статью 23, пункт 4(a), своего Уголовного кодекса; и *ibid.*, Швейцария, ссылается на статью 264m своего Уголовного кодекса.

³³⁸ *Ibid.*, Бельгия, ссылается на статью 10, пункты 1 и 1 bis, предварительного раздела своего Уголовно-процессуального кодекса.

тив человечности совершено за пределами Нидерландов *против* голландского гражданина (принцип пассивного гражданства — статья 2 Закона о международных преступлениях); преступление против человечности совершено за пределами Нидерландов *против* лица, постоянно проживающего в Голландии, на условиях двойной наказуемости»³³⁹. Французское законодательство позволяет осуществлять “*de la compétence pénale passive lorsque la victime est française au moment de l’infraction (Article L 113-7 du Code pénal: ‘La loi pénale française est applicable à tout crime, ainsi qu’à tout délit puni d’emprisonnement, commis par un Français ou par un étranger hors du territoire de la République lorsque la victime est de nationalité française au moment de l’infraction’)*” («пассивную уголовную правомочность, когда жертва является французом в момент совершения правонарушения (статья L 113–7 Уголовного кодекса: “Французское уголовное законодательство применимо к любому преступлению, равно как и к любому правонарушению, наказуемому тюремным заключением, которое совершается французом или иностранцем за пределами территории Республики, когда жертва имеет французское гражданство в момент совершения правонарушения”))»³⁴⁰. Наконец, Республика Корея установила юрисдикцию в отношении «любого иностранца, который совершает преступление, предусмотренное в настоящем Законе, против Республики Корея или ее людей за пределами территории Республики Корея»³⁴¹.

107. С учетом неоднозначной практики государств в отношении этой юрисдикции ее установление обычно не является обязательным требованием в договорах, касающихся преступлений; скорее, этот тип юрисдикции определяется как факультативный вариант, который любое конкретное государство-участник может осуществлять, а может и не осуществлять³⁴². Такой подход отражает желание установить как можно более широкую юрисдикцию для содействия наказанию преступников и одновременно с этим сохранять и уважать суверенитет государства и его право на усмотрение при реагировании на вред, причиненный гражданам этого государства³⁴³.

108. Ни Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него, ни Женевские конвенции о защите жертв войны не обязывают государства-участников устанавливать юрисдикцию «пассивной личности», однако такая юрисдикция определяется в качестве возможного варианта во многих договорах, касающихся преступлений, включая Конвенцию о борьбе с незаконным захватом воздушных судов (статья 4, пункт 1(a)) с поправками, внесенными дополнительным протоколом к Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов³⁴⁴; Международную конвенцию о борьбе с захватом заложников (статья 5, пункт 1(d)); Конвенцию против пыток и других жестоких, бесче-

³³⁹ *Ibid.*, Нидерланды.

³⁴⁰ *Ibid.*, Франция (эмфаза в оригинале).

³⁴¹ *Ibid.*, Республика Корея, ссылается на статью 3, пункт (4), своего Уголовного кодекса.

³⁴² *Arrest Warrant of 11 April 2000* (см. сноску 302 выше), *Separate Opinion of Judges Higgins, Koijmans and Buergenthal*, pp. 76–77, para. 47 (“Юрисдикция пассивной личности, на протяжении столь длительного времени рассматривавшаяся как противоречивая, сейчас получила отражение ... в законодательстве различных стран ..., и сегодня она вызывает относительно мало возражений, по крайней мере в том, что касается конкретной категории преступлений”).

³⁴³ См. Lambert, pp. 152–154; и Nowak and McArthur, pp. 310–312.

³⁴⁴ По состоянию на 2015 год 14 государств были участниками Протокола, который вступит в силу при наличии 22 государств-участников.

ловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (статья 5, пункт 1(c)); Межамериканскую конвенцию о предупреждении пыток и наказании за них (статья 12(c)); Конвенцию о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала (статья 10, пункт 2(b)); Межамериканскую конвенцию о насильственном исчезновении лиц (статья IV, пункт (c)); Международную конвенцию о борьбе с бомбовым терроризмом (статья 6, пункт 2(a)); Международную конвенцию о борьбе с финансированием терроризма (статья 7, пункт 2(a)); Конвенцию ОАЕ о предупреждении терроризма и борьбе с ним, 1999 год (статья 6, пункт 2(a)); Конвенцию Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности (статья 15, пункт 2(a)); Международную конвенцию для защиты всех лиц от насильственных исчезновений (статья 9, пункт 1(c)); и Конвенцию АСЕАН о противодействии терроризму (статья VII, пункт 2(a)).

4. Когда предполагаемый преступник находится на территории государства

109. Национальное законодательство может также устанавливать юрисдикцию в отношении преступлений, совершенных за пределами территории государства, исключительно на основе нахождения предполагаемого преступника в пределах этой территории. Как было отмечено выше, такая юрисдикция не зависит от гражданства и поэтому включает лиц, не являющихся гражданами (будь то проживающими или не проживающими в государстве), а также апатридов. Что касается преступлений против человечности, то в девятом издании *Oppenheim's International Law* («Международное право» Оппенгейма) (опубликованном в 1992 году) установлено следующее:

Хотя пока еще нельзя говорить ни о какой общей норме позитивного международного права, дающей государствам право наказывать иностранных граждан за преступления против человечности, точно так же, как, например, они правомочны наказывать за акты пиратства, есть четкие указания на постепенную эволюцию важного принципа международного права на этот счет»³⁴⁵.

110. Из тех государств, которые ответили на просьбу Комиссии представить информацию об их национальных законах, касающихся преступлений против человечности, многие указали на то, что они предусматривают такую юрисдикцию в своем национальном законодательстве³⁴⁶. Австрия, например, обладает юрисдикцией в отношении «иностранца, который имеет свое обычное место жительства на территории Австрии или находится в Австрии и не может быть выдан»³⁴⁷. Финское законодательство также «применяется к преступлению, совершенному за пределами Финляндии, когда наказуемость деяния, независимо от места совершения, основывается на международном соглашении, обязательном для Финляндии, или на другом законодательном акте или постановлении, имеющем обязательную международную силу для Финляндии (международное преступление). Преступления против человечности, военные

³⁴⁵ Jennings and Watts, p. 998.

³⁴⁶ Помимо того, что обсуждается здесь, см. Written comments to the International Law Commission (2015), Куба, ссылается на статью 5, пункт 3, своего Уголовного кодекса; *ibid.*, Чешская Республика; *ibid.*, Германия, ссылается на раздел 153f, пункт 2, своего Уголовного кодекса; *ibid.*, Испания; *ibid.*, Швейцария; и *ibid.*, Соединенное Королевство.

³⁴⁷ *Ibid.*, Австрия.

преступления и геноцид входят в число таких преступлений»³⁴⁸. Французское законодательство “*est également applicable à tout crime ou à tout délit puni d’au moins cinq ans d’emprisonnement commis hors du territoire de la République par un étranger dont l’extradition ou la remise a été refusée à l’État requérant par les autorités françaises*” («в равной степени применимо к любому преступлению или любому правонарушению, наказуемому как минимум пятилетним тюремным заключением и совершаемому за пределами территории Республики иностранцем, в выдаче которого или в передаче которого в распоряжение государству, обращающемуся с таким требованием, было отказано французскими властями»)»³⁴⁹. Наконец, Республика Корея также применяет юрисдикцию «в отношении любого иностранца, который совершает преступление геноцида и т.д. за пределами территории Республики Корея и который проживает на территории Республики Корея»³⁵⁰. Другие государства, такие как Кения, Маврикий, Уганда и Южная Африка, также допускают такую юрисдикцию в контексте преступлений против человечности, часто под влиянием их присоединения к Римскому статуту Международного уголовного суда³⁵¹. В 2012 году Африканский союз принял типовой закон для использования африканскими государствами, который, в частности, предусматривает юрисдикцию для уголовного преследования за преступления против человечности исключительно на основе присутствия предполагаемого преступника «в пределах территории государства»³⁵².

³⁴⁸ Ibid., Финляндия.

³⁴⁹ Ibid., Франция.

³⁵⁰ Ibid., Республика Корея, ссылается на статью 3, пункт (5), своего Уголовного кодекса.

³⁵¹ См. Kenya International Criminal Courts Act, 2008, section 18(c) (2008) (предусматривается, что «лицо, которое предположительно совершило преступление согласно любому из разделов с 9 по 17 Закона, может быть судимо и наказано в Кении за это преступление, если ... это лицо после совершения преступления находится в Кении»); Mauritius International Criminal Court Act 2011, Act No. 27 of 2011, section 4, paragraph (3)(c) (предусматривается, что: “когда то или иное лицо совершает международное преступление за пределами Маврикия, оно рассматривается как совершившее преступление в Маврикии, если оно — ... (c) находится в Маврикии после совершения преступления”); South Africa Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court Act 27 of 2002, section 4, paragraph (3)(c) (предусматривается, что, “чтобы обеспечить юрисдикцию суда Южной Африки для целей настоящей главы, любое лицо, которое совершает преступление, предусмотренное в подразделе (1), за пределами территории Республики, считается совершившим это преступление в пределах территории Республики, если ... (c) это лицо после совершения преступления находится на территории Республики”); и Uganda International Criminal Court Act 2010, section 18(d) (аналогичным образом позволяет судопроизводство против лица за преступления, совершенные за пределами территории Уганды, если это «лицо после совершения преступления находится в Уганде»).

³⁵² См. African Union Model National Law on Universal Jurisdiction over International Crimes, document EX.CL/731(XI)c, articles 4a) and 8, adopted by the African Union Executive Council at its Twenty-First Ordinary Session, in Addis Ababa, (9–13 July 2012). Полностью статья 4a) гласит: “Суд обладает юрисдикцией для привлечения к судебной ответственности любого лица, который предположительно совершил любое преступление согласно этому закону, независимо от того, было ли такое преступление предположительно совершено на территории государства или за границей, и независимо от гражданства жертвы, при условии, что такое лицо находится в пределах территории государства”).

111. Стимулирование установления такой юрисдикции даже в отсутствие международного договора служит аргументом в пользу того, что это отвечает интересам международного сообщества по сдерживанию международных преступлений и наказанию за них³⁵³. И все же часто такая юрисдикция, как представляется, устанавливается во исполнение какого-то договорного обязательства. Хотя Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него не предусматривает такую юрисдикцию, в Женевских конвенциях о защите жертв войны предусмотрено следующее:

Каждая Высокая Договаривающаяся Сторона обязуется разыскивать лиц, обвиняемых в том, что они совершили или приказали совершить то или иное из упомянутых серьезных нарушений и, каково бы ни было их гражданство, предавать их своему суду. Она сможет также, если она этого пожелает, передать их в соответствии с положениями своего законодательства для суда другой заинтересованной Высокой Договаривающейся Стороне в том случае, если эта Договаривающаяся Сторона имеет доказательства, дающие основание для обвинений этих лиц³⁵⁴.

Это положение включено в Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I), по упоминанию (статья 85, пункт 1). Согласно *комментариям Пикте к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года*, обязательство, изложенное в первом предложении, требует, чтобы государства-участники разыскивали преступников, которые могут находиться на их территории³⁵⁵, а не преступников по всему миру. Кроме того, как можно видеть из второго предложения, этот тип юрисдикции обычно связан с заявлением о том, что обязательство государства в отношении осуществления такой юрисдикции может быть выполнено путем выдачи лица другому государству-участнику.

³⁵³ См. *Prosecutor v. Anto Furundžija* (сноска 128 выше), paragraph 156: “Как представляется, одним из последствий статуса *jus cogens*, который международное сообщество придало запрещению пыток, является то, что каждое государство имеет право расследовать, преследовать в судебном порядке и наказывать или выдавать лиц, обвиняемых в совершении пыток, которые присутствуют на территории под его юрисдикцией... . Считается, что, поскольку международные преступления повсеместно осуждаются, где бы они ни происходили, каждое государство имеет право преследовать и наказывать исполнителей таких преступлений”. См. также *Prosecutor v. Duško Tadić, Case No. IT-94-1, Decision on the Defence Motion on Jurisdiction of 10 August 1995*, International Tribunal for the Former Yugoslavia, Trial Chamber, para. 42 (отмечается, что преступления, относящиеся к юрисдикции Международного трибунала по бывшей Югославии, «являются не чисто внутригосударственными по своему характеру преступлениями», а «в действительности преступлениями, универсальными по своему характеру, широко признанными в международном праве в качестве серьезных нарушений международного гуманитарного права и выходящими за рамки интересов любого одного государства»); и Ingelse, pp. 320–321.

³⁵⁴ См. Женевская конвенция об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях, статья 49; Женевская конвенция об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море, статья 50; Женевская конвенция об обращении с военнопленными, статья 129; Женевская конвенция о защите гражданского населения во время войны, статья 146. См. также ICRC, Customary IHL Database, “Practice relating to Rule 157. Jurisdiction over war crimes”, имеется по адресу www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule157.

³⁵⁵ См. Pictet, pp. 365–366.

112. Многочисленные конвенции более недавнего времени обязывают государства-участники устанавливать такую юрисдикцию в отношении тех преступлений, которых они касаются, в том числе Конвенция о борьбе с незаконным захватом воздушных судов (статья 4); Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации (статья 5, пункт 2); Конвенция о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов (статья 3, пункт 2); Международная конвенция о борьбе с захватом заложников (статья 5, пункт 2); Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (статья 5, пункт 2); Межамериканская конвенция о предупреждении пыток и наказании за них (статья 12); Конвенция о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала (статья 10, пункт 4); Межамериканская конвенция о насильственном исчезновении лиц (статья IV); Международная конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом (статья 6, пункт 4); Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма (статья 7, пункт 4); Конвенция ОАЕ о предупреждении терроризма и борьбе с ним, 1999 год (статья 6, пункт 4); Конвенция Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности (статья 15, пункт 4); Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений (статья 9, пункт 2); и Конвенция АСЕАН о противодействии терроризму (статья VII, пункт 3).

113. Хорошо известным примером осуществления такой юрисдикции на основании международного договора является дело *Пиночета*, в связи с которым Палата лордов Соединенного Королевства пришла к заключению о том, что в силу ратификации Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания «любое государство несет обязательство выдачи или уголовного преследования, если лицо, обвиняемое в пытках, находится в пределах его территории»³⁵⁶. Вместе с тем другие примеры осуществления такой договорной юрисдикции могут также быть найдены в различных государствах и регионах³⁵⁷. Иногда такую юрис-

³⁵⁶ *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others (Appellants) ex parte Pinochet (Respondent) (on appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division) and Regina v. Evans and Another and the Commissioner of the Police for the Metropolis and Others (Appellants) ex parte Pinochet (Respondent) (on appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division), Opinion of the Lords of Appeal for Judgment in the Case, Opinion of Lord Lloyd of Berwick*, p. 28. Что касается мнений Комитета против пыток, см. Выводы и рекомендации Комитета против пыток, Югославия (CAT/C/SR.354), пункт 39 (утверждается, что «пункт 2 статьи 5, в силу которого государства-участники обязаны принимать необходимые меры для установления юрисдикции в отношении правонарушений, упомянутых в статье 4, в случаях, когда предполагаемый правонарушитель находился на любой территории под их юрисдикцией и они решают не выдавать его другому государству»); и Выводы и рекомендации Комитета против пыток, Франция (CAT/C/FRA/CO/3 и Add.1), пункт 13 (рекомендует «государству-участнику сохранять свою приверженность уголовному преследованию и преданию суду предполагаемых виновников актов пыток, находящихся на любой территории под его юрисдикцией, каким бы гражданством они не обладали»).

³⁵⁷ См., например, Council of the European Union, The AU-EU Expert Report on the Principle of Universal Jurisdiction, document 8672/1/09 REV 1 of 16 April 2009, имеется по адресу www.africa-eu-partnership.org/en/documents/au-eu-expert-report-principle-universal-jurisdiction. См. также Macedo; и Reydam.

дикцию называют «универсальной юрисдикцией», однако кое-кто ставит под вопрос использование этого термина в этом конкретном контексте с учетом существования того или иного договора и требования на основании этого договора относительно нахождения предполагаемого преступника на территории государства-участника³⁵⁸.

114. В то же время такие договоры, как Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, не обязывают государства-участники устанавливать юрисдикцию в отношении предполагаемого преступника, если он или она не находится на территории государства. Следовательно, национальные суды часто считают нужным ограничить свою юрисдикцию при осуществлении таких договоров ситуациями, когда предполагаемый преступник находится на территории соответствующего государства. Например, в деле *Баутерсе* Верховный суд Нидерландов четко указал на то, что осуществление юрисдикции (на основании Закона Нидерландов об осуществлении Конвенции против пыток) в отношении лица, которое предположительно совершило преступление в виде пыток, должно базироваться либо на голландском гражданстве, ассоциируемом с судопроизводством, либо на присутствии предполагаемого преступника в пределах Нидерландов во время возбуждения судебного преследования³⁵⁹. По сути дела Суд отверг заочное осуществление юрисдикции в отношении обвиняемого ввиду отсутствия какой-либо прямой связи с голландским правовым режимом; обвиняемый (Баутерсе) находился в Суринаме, и никто из предполагаемых жертв не был голландскими гражданами³⁶⁰. Размышляя о такой практике, председательствующий судья Гийом в своем особом мнении по делу *Об ордере на арест* пришел к заключению о том, что ни один из соответствующих договоров «не предусматривал установления юрисдикции в отношении преступлений, совершаемых за границей иностранцами против иностранцев, когда исполнитель не находится на территории государства, о котором идет речь»³⁶¹.

115. Кроме того, такие договоры обычно не ставят целью разрешить вопрос о том, должно ли то или иное конкретное государство-участник пользоваться преимущественным правом в случае, если многочисленные государства обладают национальной юрисдикцией в отношении уголовного преступления и хо-

³⁵⁸ Так, в своем особом мнении по делу *Об ордере на арест* судьи Хиггинс, Койманс и Бюргенталь сослались на «неточно названный принцип “универсальной юрисдикции” в этих договорах. (*Arrest Warrant of 11 April 2000* (see footnote 302 above), Separate Opinion of Judges Higgins, Koijmans and Buergenthal, p. 75, para. 44). Скорее, как они указали, такую юрисдикцию лучше охарактеризовать как «обязательную территориальную юрисдикцию в отношении лиц, хотя и в связи с деяниями, совершенными в других местах» (*ibid.*, pp. 74–75, para. 41).

³⁵⁹ *Prosecutor-General of the Supreme Court v. Desiré Bouterse, Case No. LJN: AB1471, Judgment of 18 September 2001*, Supreme Court of the Netherlands, paras. 8.2–8.3.5.

³⁶⁰ *Ibid.*, para. 8.5.

³⁶¹ *Arrest Warrant of 11 April 2000* (see footnote 302 above), Separate Opinion of President Guillaume, pp. 39–40, para. 9. См. также *ibid.*, Separate Opinion of Judges Higgins, Koijmans and Buergenthal, p. 75, para. 44 (устанавливается, что «беспристрастный анализ практики государств и решений судов наводит на мысль о том, что в настоящее время не осуществляется никакой [универсальной юрисдикции без территориальной увязки]»); и *ibid.*, p. 76, para. 45 (устанавливается, что «практически все национальное законодательство предусматривает связи того или иного рода с государством местонахождения суда» и что «не существует никакого прецедентного права, в котором чисто универсальная юрисдикция заложила основу юрисдикции»).

тят осуществить такую юрисдикцию³⁶². Хотя некоторые двусторонние и региональные соглашения пытались урегулировать этот вопрос, он является сложным, отчасти ввиду наличия оснований для отказа в выдаче, в том числе в связи с обязательствами относительно *невыведения*³⁶³. Скорее, такие вопросы часто решаются на основе взаимности и сотрудничества между государствами-участниками с учетом местонахождения доказательств, свидетелей, жертв, равно как и других соответствующих вопросов³⁶⁴. В практическом плане государство-участник, на территории которого находится предполагаемый преступник, имеет хорошую возможность начать судебное преследование, если оно хочет и может сделать это³⁶⁵.

116. Наконец, договоры, содержащие обязательство устанавливать юрисдикцию всякий раз, когда предполагаемый преступник находится на территории соответствующего государства, неизменно включают положение, предусматривающее альтернативу осуществлению юрисдикции в отношении какого-то конкретного предполагаемого преступника. Большинство договоров, касающихся преступлений, предусматривает такую альтернативу, как выдача государством предполагаемого преступника другому государству-участнику. Предвосхитив создание современных международных уголовных судов и трибуналов, большинство из этих договоров не предусматривает явно такую альтернативу, как передача предполагаемого преступника в распоряжение международного суда или трибунала. Однако договоры последнего времени четко предусматривают эту возможность. Например, в статье 9, пункт 2, Международной конвенции для защиты всех лиц от насильственных исчезновений этот тип юрисдикции выражен следующим образом:

Каждое государство-участник принимает также необходимые меры для установления своей компетенции осуществлять юрисдикцию в отношении преступления насильственного исчезновения, когда предполагаемый правонарушитель находится на любой территории под его юрисдикцией, если только оно не выдает или не передает его какому-либо другому государству в соответствии со своими международными обязательствами или не передает его международному уголовному суду, юрисдикцию которого оно признает.

³⁶² См., например, The AU-EU Expert Report on the Principle of Universal Jurisdiction (сноска 357 выше), пара. 14 (“Позитивное международное право не признает никакой иерархии между различными основами юрисдикции, которые оно допускает”).

³⁶³ В отношении выдачи см. главу VII, касающуюся будущей программы работы, ниже.

³⁶⁴ См., например, *Kumar Lama v. Regina*, [2014] EWCA Crim.1729 (Court of Appeal) (7 Aug. 2014), para. 71(3) (Высокий суд приходит к выводу о том, что «Конвенция против пыток не устанавливает иерархию возможных юрисдикций и не воплощает никакого принципа *forum conveniens*. Хотя верно то, что в том или ином конкретном деле, возможно, более удобно или эффективно осуществлять судебное преследование в какой-то одной юрисдикции, чем в другой, например в силу наличия доказательств, это не более чем простое отражение обстоятельств данного конкретного дела»).

³⁶⁵ По меньшей мере один автор доказывает, что «государства должны учитывать желание осуществлять юрисдикцию, проявляемое государствами, которые имеют более обоснованное притязание на осуществление юрисдикции» (Ingelse, p. 326).

В. Неисключение другой национальной юрисдикции

117. Как было указано выше, пункт 3 статьи 5 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания ясно дает понять, что, хотя Конвенция обязывает каждое государство-участник вводить в силу определенные типы юрисдикции, она не исключает осуществления любой другой юрисдикции, существующей в соответствии с внутренним законодательством этого государства-участника³⁶⁶. И действительно, чтобы сохранить право государств-участников устанавливать национальную юрисдикцию за пределами сферы действия договора, международные договоры обычно оставляют открытой возможность того, что то или иное государство-участник, возможно, имеет другие юрисдикционные основания для привлечения предполагаемого преступника к ответственности³⁶⁷. В своем особом мнении по делу *Об ордере на арест* судьи Хиггинс, Койманс и Бюргенталь сослались, в частности, на пункт 3 статьи 5 и заявили:

Мы отвергаем предположение о том, что битва против безнаказанности “передается” международным договорам и трибуналам, а национальные суды не обладают никакой компетенцией в таких делах. При формулировании соответствующих договорных положений принимались всяческие меры для того, чтобы не исключать других оснований для юрисдикции, которая может осуществляться на добровольной основе³⁶⁸.

118. Такое положение содержится в многочисленных международных и региональных документах, включая такие как Конвенция о борьбе с незаконным захватом воздушных судов (статья 4); Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации (статья 5, пункт 3); Конвенция о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов (статья 3); Международная конвенция о борьбе с захватом заложников (статья 5, пункт 3); Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (статья 5, пункт 3); Межамериканская конвенция о предупреждении пыток и наказании за них (статья 12); Конвенция о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала (статья 10, пункт 5); Межамериканская конвенция о насильственном исчезновении лиц (статья X); Международная конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом (статья 6, пункт 5); Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма (статья 7, пункт 6); Конвенции Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности (статья 15, пункт 6); Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений (статья 9, пункт 3); и Конвенция АСЕАН о противодействии терроризму (статья VII, пункт 4).

119. Одна из вызывающих беспокойство проблем при формулировании положения, сохраняющего способность того или иного государства-участника устанавливать или поддерживать другие формы национальной юрисдикции,

³⁶⁶ Что касается анализа, см. Burgers and Danelius, p. 133.

³⁶⁷ Специальный комитет по разработке конвенции против транснациональной организованной преступности, Пересмотренный проект конвенции Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности (A/AC.254/4/Rev.4), стр. 24, сноска 102. См. также Lambert.

³⁶⁸ *Arrest Warrant of 11 April 2000* (see footnote 302 above), Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buerghenthal, pp. 78–79, para. 51.

заключается в недопущении подразумеваемого положения о том, что договор санкционирует такую другую национальную юрисдикцию или что такая юрисдикция не должна соответствовать применимым нормам международного права. По этой причине, например в Международной конвенции о борьбе с финансированием терроризма, в статье, касающейся юрисдикции, содержится положение, которое гласит следующее: «Без ущерба для норм общего международного права настоящая Конвенция не исключает возможности осуществления любой уголовной юрисдикции, установленной государством-участником в соответствии с его внутренним правом»³⁶⁹.

С. Проект статьи 6. Установление национальной юрисдикции

120. С учетом этих соображений Специальный докладчик предлагает следующий проект статьи:

Проект статьи 6. Установление национальной юрисдикции

1. Каждое государство принимает необходимые меры для установления его юрисдикции в отношении преступлений, указанных в пунктах 1 и 2 проекта статьи 5, когда:

- а) преступление совершено на любой территории, находящейся под его юрисдикцией или под его контролем, либо на борту морского или воздушного судна, зарегистрированного в данном государстве;
- б) предполагаемый преступник является одним из его граждан; и
- с) жертва является одним из его граждан, и данное государство считает это целесообразным.

2. Каждое государство также принимает необходимые меры для установления его юрисдикции в отношении преступлений, указанных в пунктах 1 и 2 проекта статьи 5, когда предполагаемый преступник находится на любой территории под его юрисдикцией или его контролем, если только оно не выдает или не передает это лицо в соответствии с пунктом 1 проекта статьи 9.

3. Без ущерба для применимых норм международного права настоящий проект статьи не исключает возможности установления государством другой уголовной юрисдикции в соответствии с его национальным законодательством.

Глава III

Общее расследование и сотрудничество в целях выявления предполагаемых преступников

121. Когда возникает ситуация, при которой преступления против человечности, возможно, были совершены на территории под юрисдикцией или контролем того или иного государства, есть смысл в том, чтобы это государство про-

³⁶⁹ Статья 7, пункт 6. См. также Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции, статья 42, пункт 6 («Без ущерба для норм общего международного права настоящая Конвенция не исключает осуществления любой уголовной юрисдикции, установленной Государством-участником в соответствии со своим внутренним законодательством»).

вело общее расследование того, произошли ли или происходят ли такие преступления. Такое общее расследование возможной ситуации преступлений против человечности (оно рассматривается в настоящей главе) должно отличаться от более конкретного расследования того, совершило ли какое-то определенное лицо преступления против человечности (об этом идет речь ниже в главе IV). Это более общее расследование позволяет государству определить в общем плане, происходили ли или происходят ли преступления против человечности, что может позволить государству принять незамедлительные меры для предотвращения их дальнейшего совершения, а также помочь установить общую основу для проведения более конкретных расследований в отношении предполагаемых преступников этим государством или государствами, в которые эти предполагаемые преступники могут бежать.

122. Идея проведения расследования преступлений против человечности там, где они совершены, в качестве прелюдии к судебному преследованию предполагаемых преступников прозвучала в различных международных документах. Например, в 1973 году Генеральная Ассамблея Организации Объединенных Наций приняла «Принципы международного сотрудничества в отношении обнаружения, ареста, выдачи и наказания лиц, виновных в военных преступлениях и преступлениях против человечества», в которых предусматривается, что: «преступления против человечества, когда бы и где бы они ни совершались, подлежат расследованию, а лица, в отношении которых имеются доказательства в совершении таких преступлений, — розыску, аресту, привлечению к судебной ответственности и, в случае признания их виновными, наказанию»³⁷⁰. В нескольких более ранних резолюциях Генеральной Ассамблеи также признавалась важность расследования преступлений против человечества и содержались призывы к государствам принимать необходимые меры в этом отношении³⁷¹.

123. Это ожидание государства, расследующего преступления, которые, как считается, произошли на его территории, фигурирует во многих договорах, которые обязывают государство-участника проводить расследование всякий раз, когда есть разумные основания полагать, что были совершены преступления,

³⁷⁰ Резолюция 3074 (XXVIII) Генеральной Ассамблеи от 3 декабря 1973 года, пункт 1.

³⁷¹ См., например, резолюцию 2583 (XXIV) Генеральной Ассамблеи от 15 декабря 1969 года, преамбула и пункт 1 («будучи убежденной в том, что тщательное расследование военных преступлений и преступлений против человечества... составляют важный элемент в деле предупреждения подобных преступлений, защиты прав человека и основных свобод, укрепления доверия, развития сотрудничества между народами и обеспечения международного мира и безопасности... 1. призывает все заинтересованные государства принять необходимые меры по тщательному расследованию военных преступлений и преступлений против человечества»); резолюцию 2712 (XXV) Генеральной Ассамблеи от 15 декабря 1970 года, преамбула и пункт 5 («будучи убеждена в том, что тщательное расследование военных преступлений и преступлений против человечества, равно как и арест, выдача и наказание лиц, несущих ответственность за эти преступления, где бы они ни совершались, ... составляют важный элемент в деле предупреждения подобных преступлений как в настоящее время, так и в будущем... 5. вновь просит заинтересованные государства принять, если они этого еще не сделали, необходимые меры для проведения тщательного расследования военных преступлений и преступлений против человечества»); и резолюцию 2840 (XXVI) Генеральной Ассамблеи от 18 декабря 1971 года, преамбула («будучи твердо убеждена в необходимости международного сотрудничества в целях тщательного расследования военных преступлений и преступлений против человечества»).

охватываемые соответствующим договором³⁷². Например, в статье 12 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания предусмотрено: «Каждое Государство-участник обеспечивает, чтобы его компетентные органы проводили быстрое и беспристрастное расследование, когда имеются достаточные основания полагать, что пытка была применена на любой территории, находящейся под его юрисдикцией». Это общее обязательство отличается от обязательства государства согласно пункту 2 статьи 6 Конвенции против пыток проводить конкретное дознание или расследование фактов, касающихся того или иного определенного предполагаемого преступника (этот вопрос будет рассмотрен в главе IV настоящего доклада). Помимо того, это общее «обязательство провести расследование обусловлено не тем, что подозреваемый [исполнитель] находится на территории государства-участника, а подозрением со стороны компетентных органов государства-участника в отношении того, что [соответствующее] деяние... возможно, было совершено на любой территории под его юрисдикцией»³⁷³. Следовательно, это расследование отличается, потому что оно «должно произойти, *независимо* от того, известен ли подозреваемый и находится ли он на территории»³⁷⁴.

124. Сопоставимые обязательства относительно проведения общего расследования, сформулированные различным образом, можно найти в Межамериканской конвенции о предупреждении пыток и наказании за них («в случае наличия обвинения или обоснованной причины считать, что в пределах их юрисдикции были применены пытки, государства-участники гарантируют, что их соответствующие власти должны образом и незамедлительно проведут расследование дела и иницируют, при необходимости, соответствующий уголовный процесс») (статья 8); Международной конвенции для защиты всех лиц от насильственных исчезновений («Во всех случаях, когда существуют разумные основания полагать, что имело место насильственное исчезновение какого-либо лица, [компетентные] органы... проводят расследование даже при отсутствии официальной жалобы») (статья 12, пункт 2); и принятой в 2011 году Конвенции Совета Европы о предотвращении и борьбе с насилием в отношении женщин и домашним насилием («Стороны принимают необходимые законодательные или иные меры для обеспечения того, чтобы расследования и судебные разбирательства в отношении всех форм насилия, подпадающих под сферу действия настоящей Конвенции, осуществлялись без неоправданных за-

³⁷² В Женевских конвенциях о защите жертв войны содержится вариация этой идеи проведения общего расследования, хотя и в большей степени сосредоточенного на выявлении конкретных преступников. Конвенции обязывают государства в общем плане «разыскивать лиц, обвиняемых в том, что они совершили» серьезные нарушения Конвенций. См. Женевская конвенция об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях, статья 49 («Каждая Высокая Договаривающаяся Сторона обязуется разыскивать лиц, обвиняемых в том, что они совершили или приказали совершить то или иное из упомянутых серьезных нарушений ...»); Женевская конвенция об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море, статья 50 (то же самое); Женевская конвенция об обращении с военнопленными, статья 129 (то же самое); и Женевская конвенция о защите гражданского населения во время войны, статья 146 (то же самое).

³⁷³ Nowak and McArthur, p. 414.

³⁷⁴ Ingelse, p. 335.

держек и при этом принимались во внимание права жертвы на всех этапах уголовного разбирательства»)³⁷⁵.

125. Это обязательство проводить общее расследование касается только государства, в котором, возможно, имели место преступления; оно не касается других государств. В контексте преступлений против человечности государство, обладающее юрисдикцией или контролем над территорией, в пределах которой, как представляется, было совершено преступление, имеет наилучшие возможности для проведения такого первоначального расследования с целью определить, действительно ли имело место преступление, и, если да, было ли это преступление совершено правительственными силами, находящимися под его контролем, или силами, находящимися под контролем другого государства, или же оно было совершено неправительственной организацией. Такое расследование может заложить основу не только для судебного преследования предполагаемых преступников, но и для оказания содействия в предотвращении повторения таких преступлений путем выявления их источника.

126. Такое обязательство обычно требует, чтобы расследование проводилось всякий раз, когда есть основания полагать или разумные основания полагать, что преступление было совершено³⁷⁶. И действительно, поскольку вполне вероятно, что «чем более систематической становится практика пыток в той или иной конкретной стране, тем меньше будет число официальных жалоб о применении пыток», нарушение статьи 12 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания является возможным, даже если государство не получает никаких жалоб от отдельных лиц³⁷⁷. Аналогичным образом, Комитет против пыток утверждает, что государственные органы власти должны «незамедлительно проводить» расследование, когда имеются разумные основания полагать, что акт пытки или жестокого обращения был совершен, «причем мотивы таких подозрений не имеют особого значения»³⁷⁸.

127. Комитет против пыток также считает, что происходят нарушения статьи 12, если проводимое государством расследование не является «быстрым и беспристрастным»³⁷⁹. Требование относительно скорости означает, что, как только возникает подозрение относительно совершения преступления, рассле-

³⁷⁵ Статья 49, пункт 1. См. также статью 55, пункт 1 («Стороны обеспечивают, чтобы расследования или судебные преследования в отношении правонарушений, установленных в соответствии со статьями 35, 36, 37, 38 и 39 Конвенции, не зависели полностью от заявления или жалобы, поданной жертвой, если правонарушение было совершено полностью или частично на территории Стороны, и чтобы процедуры могли продолжаться даже в том случае, если жертва забирает свое заявление или жалобу»).

³⁷⁶ См. *Blanco Abad v. Spain*, Communication No. 59/1996, Views of the Committee against Torture (CAT/C/20/D/59/1996), para. 8.2. См. также *Dimitrijevic v. Serbia and Montenegro*, Communication No. 172/2000, *Selected Decisions of the Committee against Torture*, vol. I, *Eleventh to Thirty-Eighth Sessions (November 1993–May 2007)*, United Nations publication (Sales No. E.08.XIV.8), pp. 89–92, at p. 92, para. 7.3.

³⁷⁷ Nowak, p. 246.

³⁷⁸ *Дау Бельгасем Тхабти против Туниса*, Сообщение № 187/2001, Мнения Комитета против пыток (CAT/C/31/D/187/2001), пункт 10.4. См. также *Blanco Abad v. Spain* (сноска 376 выше), paras. 8.2–8.6.

³⁷⁹ См., например, Комитет против пыток, *Расим Байрамов против Казахстана*, Сообщение № 497/2012, Мнения Комитета против пыток (CAT/C/52/D/497/2012), пункты 8.7–8.8.

дования должны начинаться незамедлительно или без каких-либо задержек³⁸⁰. В большинстве случаев, когда Комитет устанавливал отсутствие быстроты, либо не проводилось вообще никакого расследования, либо оно начиналось лишь после прохождения длительного периода времени. Например, Комитет счел, что «задержка в 15 месяцев до начала расследования утверждений о применении пыток является неоправданно долгой и не соответствует требованию статьи 12 Конвенции»³⁸¹. Обоснования, лежащие в основе требования о быстроте, заключаются в том, что физические следы, которые могут доказать пытки, могут быстро исчезнуть и что обратившаяся с жалобой жертва, возможно, находится под угрозой новых пыток, которые могут быть предотвращены быстрым расследованием³⁸².

128. Требование относительно беспристрастности в общем плане означает, что государства должны начинать свои расследования серьезным, эффективным и непредвзятым образом³⁸³. Это требование крайне важно, поскольку «любое расследование, которое исходит из того, что никаких подобных деяний не было, или в рамках которого проявляется желание защитить подозреваемых должностных лиц, не может считаться эффективным»³⁸⁴. В некоторых случаях Комитет против пыток рекомендовал, чтобы расследование преступлений находилось «под непосредственным контролем независимых судей»³⁸⁵. В других случаях он заявлял, что «строго запретить всем государственным органам, не имеющим соответствующих процессуальных полномочий, проводить уголовные расследования»³⁸⁶. Комитет заявлял, что беспристрастное расследование придает равный вес утверждениям о том, что преступление произошло или не произошло, а затем оно следует по соответствующим направлениям дознания, таким как проверка имеющихся правительственных архивов, допрос соответствующих правительственных чиновников или отдача распоряжения об эксгумации тел³⁸⁷.

³⁸⁰ Nowak and McArthur, p. 434.

³⁸¹ Committee against Torture, *Halimi-Nedzibi v. Austria*, Communication No. 8/1991, *Selected Decisions of the Committee against Torture, vol. I, Eleventh to Thirty-Eighth Sessions (November 1993–May 2007)*, United Nations publication (Sales No. E.08.XIV.8), p. 15, para. 13.5.

³⁸² *Blanco Abad v. Spain* (см. сноску 376 выше), para. 8.2 (“Комитет отмечает, что оперативность крайне важна как для обеспечения того, чтобы жертва не продолжала подвергаться таким актам, и, в целом, потому, что, если только используемые методы не оставляют постоянных или серьезных последствий, физические следы пыток и, в особенности, жестокого, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения быстро исчезают”). См. Burgers and Danelius, pp. 144–145.

³⁸³ Nowak and McArthur, p. 435.

³⁸⁴ Burgers and Danelius, p. 145.

³⁸⁵ Рассмотрение докладов, представляемых государствами-участниками в соответствии со статьей 19 Конвенции — Эквадор, Доклад Комитета против пыток, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок девятая сессия, Дополнение № 44 (A/49/44)*, стр. 15, пункт 105.

³⁸⁶ Рассмотрение докладов, представляемых государствами-участниками в соответствии со статьей 19 Конвенции — Гватемала, Доклад Комитета против пыток, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят шестая сессия, Дополнение № 44 (A/56/44)*, стр. 43, пункт 76(d).

³⁸⁷ *M'Barek v. Tunisia*, Communication No. 60/1996, Views of the Committee against Torture (CAT/C/23/D/60/1996), paras. 11.9–11.10. См. также Nowak and McArthur, p. 435.

129. Некоторые международные договоры, которые не содержат в явной форме такое обязательство, тем не менее рассматриваются как содержащие его в подразумеваемой форме. Например, хотя в Международном пакте о гражданских и политических правах не содержится такого явного обязательства, Комитет по правам человека неоднократно утверждал, что государства должны добросовестно расследовать нарушения Международного пакта о гражданских и политических правах³⁸⁸. В частности, Комитет заявил:

Особенно важное значение для выполнения общего обязательства по скорейшему, тщательному и эффективному расследованию утверждений о нарушениях прав с помощью независимых и беспристрастных органов имеют административные механизмы. ... Непринятие государством-участником мер для проведения расследования утверждений об имевших место нарушениях само по себе может стать отдельным нарушением Пакта³⁸⁹.

130. Несколько региональных органов также истолковывают свои юридические документы как содержащие обязательство проводить общее расследование даже тогда, когда в них не содержится явно такого обязательства. В том, что касается Конвенции о защите прав человека и основных свобод (Европейская конвенция о правах человека), эта концепция возникла для того, чтобы эффективно заниматься чрезвычайными обстоятельствами в определенных районах Турции, связанными со случаями жестокого обращения, исчезновений и разрушения деревни³⁹⁰. В этих случаях «Суд полагался на доказательства отсутствия эффективного — или вообще какого-либо — расследования властями как доказательства нарушений статьи 2 (право на жизнь), статьи 3 (запрещение пыток), статьи 5 (право на свободу и личную неприкосновенность),... статьи 8 (право на уважение частной и семейной жизни)... [и] статьи 13 (право на эффективное средство правовой защиты)»³⁹¹. Например, в деле *Эрги против Турции* Суд постановил, что Конвенция имплицитно налагает такое обязательство, с тем чтобы обеспечить «проведение эффективного, независимого расследования» смерти любого человека, которая предположительно является результатом

³⁸⁸ См., например, *Shukurova v. Tajikistan*, Communication No. 1044/2002, Views of the Human Rights Committee (CCPR/C/86/D/1044/2002), para. 8.2; *Kouidis v. Greece*, Communication No. 1070/2002, Views of the Human Rights Committee (CCPR/C/86/D/1070/2002), para. 9; *Agabekova v. Uzbekistan*, Communication No. 1071/2002, Views of the Human Rights Committee (CCPR/C/89/D/1071/2002), para. 7.2; и *Karimov and Nursatov v. Tajikistan*, Communications Nos. 1108/2002 and 1121/2002, Views of the Human Rights Committee (CCPR/C/89/D/1108&1121/2002), para. 7.2.

³⁸⁹ Комитет по правам человека, Замечание общего порядка № 31, Характер общего юридического обязательства, налагаемого на государства-участники Пакта (CCPR/C/21/Rev.1/Add.13), пункт 15.

³⁹⁰ Crawford, p. 667 (ссылается на дела Европейского суда по правам человека: *Aksoy v. Turkey*, Application no. 21987/93, Judgment on Merits and Just Satisfaction of 18 December 1996, European Court of Human Rights; *Timurtaş v. Turkey*, Application no. 23531/94, Report of the Commission adopted on 19 October 1998, European Commission of Human Rights; *Kurt v. Turkey*, Application no. 24276/94, Judgment on Merits and Just Satisfaction of 25 May 1998, European Court of Human Rights; *Çakici v. Turkey*, Application no. 23657/94, Judgment of 8 July 1999, European Court of Human Rights, Grand Chamber; *Menteş and Others v. Turkey*, Application no. 23186/94, Judgment on Merits and Just Satisfaction of 28 November 1997, European Court of Human Rights, Grand Chamber; *Ergi v. Turkey*, Application no. 23818/94, Judgment on Merits and Just Satisfaction of 28 July 1998, European Court of Human Rights; и *Kaya v. Turkey*, Application no. 22729/93, Judgment on Merits and Just Satisfaction of 19 February 1998, European Court of Human Rights).

³⁹¹ *Ibid.*

применения силы агентами государства³⁹². Устанавливая такое обязательство, Суд доказывал, что это требование подразумевается положением относительно «права на жизнь» в статье 2 Конвенции, если его рассматривать совместно с общим обязательством по статье 1 обеспечивать «каждому, находящемуся под [его] юрисдикцией, права и свободы, определенные в [настоящей] Конвенции»³⁹³. Отчасти ввиду «отсутствия надлежащего и эффективного расследования» Суд признал нарушение статьи 2 Конвенции³⁹⁴. Более свежее дело *Бати и другие против Турции* подтвердило, что расследование должно быть проведено, если есть достаточно ясные указания на то, что соответствующее преступление было совершено, даже если не поступило никакой жалобы³⁹⁵. Межамериканский суд по правам человека применяет схожую концепцию³⁹⁶.

Проект статьи 7. Общее расследование и сотрудничество в целях выявления предполагаемых преступников

131. С учетом этих соображений Специальный докладчик предлагает следующий проект статьи:

Проект статьи 7. Общее расследование и сотрудничество в целях выявления предполагаемых преступников

1. Каждое государство обеспечивает, чтобы его компетентные органы проводили быстрое и беспристрастное расследование, когда имеются основания полагать, что преступление против человечности было совершено или совершается на любой территории, находящейся под его юрисдикцией или контролем.

2. Если государство определяет, что преступление против человечности совершается или совершено, государство сообщает, по мере целесообразности, общие результаты этого расследования любому другому государству, когда есть основания полагать, что граждане этого другого государства участвовали или участвуют в этом преступлении. Вслед за этим это другое государство проводит быстрое и беспристрастное расследование данного дела.

3. Все государства сотрудничают, по мере целесообразности, в деле установления личности и места нахождения лиц, которые, возможно, совершили преступление, упомянутое в пунктах 1 или 2 проекта статьи 5.

Глава IV

Осуществление национальной юрисдикции в условиях пребывания предполагаемого преступника

132. Когда совершается преступление, вызывающее обеспокоенность международного сообщества, и одно или несколько государств проводят в общем плане расследование этого дела, то или иное государство может затем добыть

³⁹² См. *Ergi v. Turkey* (сноска 390 выше), para. 85.

³⁹³ *Ibid.*, para. 82.

³⁹⁴ *Ibid.*, para. 86.

³⁹⁵ *Bati and Others v. Turkey, Applications nos. 33097/96 and 57834/00, Judgment of 3 June 2004*, European Court of Human Rights, First Section, para. 133.

³⁹⁶ См. Brownlie, p. 579 (ссылается на *Paniagua Morales et al. and Extrajudicial Executions and Forced Disappearances v. Peru*).

или получить информацию о том, что предполагаемый преступник находится на территории этого государства. Когда это происходит, государство обычно проведет предварительное расследование в целях определения того, представить ли это дело для возбуждения уголовного преследования или же выдать предполагаемого преступника либо передать его в распоряжение других компетентных органов. Помимо этого, государство может взять предполагаемого преступника под арест (или принять другие меры) для обеспечения дальнейшего пребывания предполагаемого преступника. Другие государства или, возможно, международный трибунал, заинтересованные в судебном преследовании предполагаемого преступника, могут просить о его выдаче или передаче в распоряжение.

133. И Генеральная Ассамблея, и Совет Безопасности Организации Объединенных Наций признали важность таких мер в контексте преступлений против человечности. Так, Генеральная Ассамблея призвала «все заинтересованные государства принять все необходимые меры по тщательному расследованию ... преступлений против человечества ... и по розыску, аресту, выдаче и наказанию всех ... лиц, виновных в преступлениях против человечества, которые до сих пор не предстали перед судом и не понесли наказания»³⁹⁷. Аналогичным образом, она заявила, что «отказ государства сотрудничать в деле ареста, выдачи, привлечения к ответственности и наказания лиц, виновных в ... преступлениях против человечества, противоречит целям и принципам Устава Организации Объединенных Наций, а также общепризнанным нормам международного права»³⁹⁸. Совет Безопасности подчеркнул «ответственность государств за выполнение их соответствующих обещаний положить конец безнаказанности и тщательно расследовать действия и привлекать к судебной ответственности лиц, виновных в ... преступлениях против человечности или других серьезных нарушениях международного гуманитарного права, с тем чтобы предотвращать нарушения, не допускать их повторения и добиваться устойчивого мира, справедливости, установления истины и примирения»³⁹⁹.

134. Международные договоры, касающиеся преступлений, обычно устанавливают права и обязательства, касающиеся расследования и возможного розыска предполагаемого преступника, когда это лицо находится на территории того или иного государства-участника. Например, статья 10 Международной конвенции для защиты всех лиц от насильственных исчезновений, которая выведена из Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания «с некоторыми упрощениями»⁴⁰⁰, предусматривает в пунктах 1 и 2, что после рассмотрения имеющейся в его распоряжении информации в отношении предполагаемого преступника государство-участник проводит предварительное расследование, берет (если это необходимо) предполагаемого преступника под стражу и уведомляет другие соответствующие государства о мерах, которые оно приняло, и о том, намерено ли оно осуществлять свою юрисдикцию в этом вопросе. Анализируя такое положение в контексте Конвенции против пыток и других жесто-

³⁹⁷ Резолюция 2583 (XXIV) Генеральной Ассамблеи от 15 декабря 1969 года, пункт 1.

³⁹⁸ Резолюция 2840 (XXVI) Генеральной Ассамблеи от 18 декабря 1971 года, пункт 4.

³⁹⁹ Резолюция 1894 (2009) Совета Безопасности от 11 ноября 2009 года, пункт 10.

⁴⁰⁰ Комиссия по правам человека, Доклад Межсессионной рабочей группы открытого состава по разработке проекта имеющего обязательную силу нормативного документа для защиты всех лиц от насильственных исчезновений (E/CN.4/2004/59), пункт 89.

ких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания⁴⁰¹, Международный Суд разъяснил свою цель, состоящую в том, чтобы «позволить начать процесс против подозреваемого, в отсутствие его выдачи, и достичь цели Конвенции, заключающейся в том, чтобы сделать более эффективной борьбу против пыток путем недопущения безнаказанности для исполнителей таких деяний»⁴⁰².

135. Такой подход в контексте пребывания предполагаемого преступника рассматривается в качестве основообразующего для повышения эффективности любого такого договора и не вызывает споров, когда разрабатываются договоры такого рода⁴⁰³. Нижеследующее обсуждение сосредоточено на трех основных элементах договорного положения по этому вопросу: на обязательствах провести предварительное расследование; обеспечить дальнейшее пребывание предполагаемого преступника; и уведомлять другие государства, заинтересованные в предполагаемом преступнике. Четвертый элемент, иногда присутствующий в таких статьях — право предполагаемого преступника-негражданина сноситься со своим консульским работником, — рассматривается в главе VI в связи со «справедливым обращением с предполагаемым преступником».

А. Проведение предварительного расследования

136. Когда государство достает или получает информацию о том, что предполагаемый преступник находится на территории под юрисдикцией или контролем этого государства, обычным шагом бывает проведение предварительного расследования по этому вопросу. Если информация поступает от какого-то другого государства или из какого-то другого источника, то в этом случае предварительное расследование может включать подтверждение личности и местонахождения такого лица. В любом случае такое предварительное расследование позволит государству установить факты, важные для принятия решения о том, следует ли передать это дело для уголовного преследования в этом государстве или же предполагаемого преступника следует выдать или передать в распоряжение другим компетентным властям.

137. Это предварительное расследование следует отличать от более общего расследования, о котором идет речь в главе IV настоящего доклада. Это расследование имеет целью определить — на общем уровне, — произошло ли или происходит ли преступление против человечности и, если да, кем могут быть преступники и где они могут находиться. На этом этапе, установив, где может находиться конкретный предполагаемый преступник, государство, в котором находится предполагаемый преступник, проводит предварительное расследо-

⁴⁰¹ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* (см. сноску 98 выше), р. 450, пара. 72 (“включение соответствующего законодательства в внутренне право ... позволит государству, на территории которого находится подозреваемый, незамедлительно провести предварительное расследование фактов ..., что является необходимым шагом, дабы позволить этому государству, знающему факты, передать дело своим компетентным властям в целях уголовного преследования”).

⁴⁰² *Ibid.*, р. 451, пара. 74. См. также Nowak and McArthur, р. 337 (разъясняются такие обязательства государств в контексте Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания).

⁴⁰³ Lambert, р. 168.

вание в отношении этого конкретного лица на предмет подтверждения его личности, определения того, идет ли речь о преступлении, подлежащем уголовному преследованию, и затем принятия решения о том, передать ли дело для судебного преследования или же выдать или передать лицо, о котором идет речь⁴⁰⁴. Проведение предварительного расследования также помогает обеспечить применение «основополагающего принципа справедливости и равенства» к обвиняемому путем подтверждения того, что есть разумная основа для содержания обвиняемого под стражей в целях уголовного преследования либо же выдачи или передачи в распоряжение⁴⁰⁵. В то же время это предварительное расследование следует отличать от полного расследования, которое будет проведено как часть фактического судебного преследования либо в государстве, в котором обнаружен предполагаемый преступник, либо в государстве или трибуналом, которому это лицо выдается или передается в распоряжение.

138. Национальные уголовные законы государств обычно предусматривают такое предварительное расследование для определения того, идет ли речь о преступлении, подлежащем уголовному преследованию. Норвегия, например, предусматривает, что «уголовное расследование проводится тогда, когда в результате осведомления или иных обстоятельств имеются разумные основания выяснить, существует ли уголовное дело, требующее судебного преследования органами государственной власти»⁴⁰⁶. Цель этого расследования состоит в «получении необходимой информации ... для принятия решения о том, следует ли предъявлять официальное обвинение», в частности⁴⁰⁷. Другие государства, такие как Российская Федерация⁴⁰⁸ и Украина⁴⁰⁹, также требуют проведения предварительного расследования по всем потенциальным уголовным делам.

139. Хотя Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него и Женевские конвенции о защите жертв войны не содержат обязательства проводить предварительное расследование, современные договоры, касающиеся преступлений, обычно содержат такое обязательство. В число этих договоров входят Конвенция о борьбе с незаконным захватом воздушных судов (статья 6); Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации (статья 6, пункт 2); Международная конвенция о борьбе с захватом заложников (статья 6, пункт 1); Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (статья 6, пункт 2); Межамериканская конвенция о предупреждении пыток и наказании за них (статья 8); Международная конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом (статья 7, пункт 1); Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма (статья 9, пункт 1); Конвенция ОАЕ о предупреждении терроризма и борьбе с ним, 1999 год (статья 7,

⁴⁰⁴ Nowak and McArthur, p. 340.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 342.

⁴⁰⁶ Norway, the Criminal Procedure Act of 22 May 1981 No. 25, with subsequent amendments, the latest made by Act of 30 June 2006 No. 53, section 224, имеется по адресу www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, section 226.

⁴⁰⁸ Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации № 184-ФЗ от 18 декабря 2001 года (с учетом изменений, внесенных 1 марта 2012 года), глава 21, имеется по адресу www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes.

⁴⁰⁹ The Criminal Procedure Code of Ukraine enacted by the Law of 28 December 1960 (as amended in 2010), art. 111, имеется по адресу www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes.

пункт 1); Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений (статья 10, пункт 2); и Конвенция АСЕАН о противодействии терроризму (статья VIII, пункт 2).

140. Международный Суд подчеркнул важность такого предварительного расследования в контексте пункта 2 статьи 6 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, постановив, что, как и любое дознание, проводимое компетентными властями, оно предназначено для подтверждения или неподтверждения подозрений в отношении лица, о котором идет речь. Те власти, которым поручена задача подготовки дела, проводят расследование и собирают факты и доказательства; «к ним могут относиться документы или показания свидетелей, касающиеся событий, о которых идет речь, и возможной причастности подозреваемого к соответствующему делу»⁴¹⁰. Суд далее отметил, что «выбор средств для проведения расследования остается в руках государства-участника», но что, «как только подозреваемый обнаружен на территории государства, должны быть предприняты шаги для проведения расследования этого дела»⁴¹¹.

В. Обеспечение дальнейшего пребывания

141. Взятие под стражу лица, которое предположительно совершило серьезное преступление, до проведения расследования на предмет определения того, следует ли передать это дело для уголовного преследования, является обычным шагом в национальном судопроизводстве по уголовным делам, в частности с целью избежать дальнейших уголовных деяний и не допустить риска бегства предполагаемого преступника. Например, законодательство Германии предусматривает, что «в отношении обвиняемого может быть отдан приказ о содержании под стражей, если есть серьезные основания подозревать его в совершении преступления и если есть основания для ареста.... Основания для ареста существуют в том случае, если на основе серьезных фактов... с учетом обстоятельств конкретного дела имеется риск того, что обвиняемый избежит уголовного судопроизводства (опасность побега)»⁴¹². Сопоставимые положения существуют и во многих других юрисдикциях, таких как Норвегия⁴¹³, Российская Федерация⁴¹⁴, Швейцария⁴¹⁵, Украина⁴¹⁶ и Соединенные Штаты Америки⁴¹⁷. Помимо этого, некоторые государства, такие как Германия, конкретно

⁴¹⁰ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* (см. сноску 98 выше), р. 453, para. 83.

⁴¹¹ *Ibid.*, р. 454, para. 86. Что касается общего обсуждения этого дела и его значения, см. Cuyet *et al.*, pp. 75–76.

⁴¹² The Code of Criminal Procedure of Germany of 7 April 1987 (as amended 31 October 2008), имеется по адресу www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes.

⁴¹³ Norway, the Criminal Procedure Act of 22 May 1981 No. 25 (см. сноску 406 выше), section 171.

⁴¹⁴ Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации № 184-ФЗ от 18 декабря 2001 года (см. сноску 408 выше), статьи 91 и 108.

⁴¹⁵ The Criminal Procedure Code of Switzerland of 5 October 2007 (status as of 1 Jan. 2015), arts. 225–226, имеется по адресу www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes.

⁴¹⁶ The Criminal Procedure Code of Ukraine enacted by the Law of 28 December 1960 (см. сноску 409 выше), art. 98-1, имеется по адресу www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes.

⁴¹⁷ United States Code, Title 18, section 3142(e)-(f)(1).

допускают такое содержание под стражей, когда «в отношении обвиняемого имеются серьезные подозрения... в том, что он совершил уголовное преступление в соответствии с... the Кодексом преступлений против международного права»⁴¹⁸.

142. Договоры, касающиеся преступлений, обычно включают положение, содержащее обязательство обеспечить дальнейшее пребывание предполагаемого преступника, если необходимо посредством его взятия под стражу. Хотя Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него не содержит такого положения, Женевские конвенции о защите жертв войны косвенно затрагивают этот вопрос, обязывая каждое государство-участник предавать лиц, предположительно совершивших серьезные нарушения, «своему суду»⁴¹⁹. Современные международные договоры недвусмысленно обязывают государства-участники брать предполагаемого преступника под стражу или принимать такие другие законные меры, которые необходимы для обеспечения его присутствия. К этим договорам относятся Конвенция о борьбе с незаконным захватом воздушных судов (статья 6); Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации (статья 6, пункт 1); Конвенция о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов (статья 6, пункт 1); Международная конвенция о борьбе с захватом заложников (статья 6, пункт 1); Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (статья 6, пункт 1); Конвенция о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала (статья 13, пункт 1); Международная конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом (статья 7, пункт 2); Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма (статья 9, пункт 2); Конвенция ОАЕ о предупреждении терроризма и борьбе с ним, 1999 год (статья 7, пункт 2); Конвенция Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности (статья 16, пункт 9); Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений (статья 10, пункт 1); и Конвенция АСЕАН о противодействии терроризму (статья VIII, пункт 3).

143. В договорах, содержащих обязательство обеспечить дальнейшее пребывание, общая цель заключается в том, чтобы удержать предполагаемого преступника на территории государства-участника «в течение периода времени, необходимого для того, чтобы можно было начать процедуру выдачи и уголовное судопроизводство»⁴²⁰. Первоначальным вариантом обычно является арест и содержание под стражей, «то есть содержание под стражей в полиции в течение максимум нескольких дней, после чего следует предварительное заключение и/или содержание под стражей в ожидании высылки»⁴²¹. Требуется ли содержание под стражей в течение всего периода до суда или до высылки — это

⁴¹⁸ The Code of Criminal Procedure of Germany of 7 April 1987 (см. сноску 412 выше), sect. 112.

⁴¹⁹ См. Женевская конвенция об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях, статья 49; Женевская конвенция об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море, статья 50; Женевская конвенция об обращении с военнопленными, статья 129; Женевская конвенция о защите гражданского населения во время войны, статья 146.

⁴²⁰ Lambert, p. 173. *Mc. Ежегодник ... 1972 год*, том II, стр. 317.

⁴²¹ Nowak and McArthur, p. 338.

будет зависеть от фактических обстоятельств дела, включая вероятность бегства или уничтожения доказательств⁴²². Если государство-участник считает длительное содержание под стражей ненужным, то в этом случае, как утверждают некоторые авторы, государство-участник должно принять другие «законные меры» для обеспечения присутствия подозреваемого в ходе судебного процесса. Для выполнения своих обязательств по таким договорам «от государств-участников ожидают принятия тех же мер, которые предусмотрены в их национальном законодательстве в случае любого обычного преступления серьезного характера», которые могут включать «домашний арест, освобождение под залог, изъятие проездных документов, обязательство регулярно являться в полицию и аналогичные ограничения на свободу передвижения»⁴²³.

144. Разумеется, любые «действия, совершаемые государством в этой связи, «должны рассматриваться в свете требования о том ... чтобы имелись основания полагать, что предполагаемый преступник совершил одно или несколько из указанных преступлений»»⁴²⁴. Хотя государство-участник обладает широкой свободой действий при оценке того, необходимо ли брать предполагаемого преступника под стражу, оно обязано действовать добросовестно при осуществлении этого дискреционного права»⁴²⁵. При этом государства должны «проанализировать ... условия, изложенные в [их] национальном законодательстве в отношении, в частности, требуемого уровня подозрений и существования опасности бегства»⁴²⁶. Если только это не вступает в конфликт с «общим обязательством в отношении выдачи или уголовного преследования», государства-участники могут также учитывать национальные законные максимально допустимые сроки содержания под стражей для определения того, следует ли продолжать содержание под стражей⁴²⁷. В конечном итоге, «на государство-участнике, на территории которого обнаружен [предполагаемый преступник] ... [лежит обязательство] принять соответствующие меры для недопущения его бегства в ожидании решения этого государства о том, следует ли его выдать или же следует передать дело компетентным властям государства в целях уголовного преследования»⁴²⁸.

145. Комитет против пыток рассмотрел это обязательство в контексте предполагаемого преступника, Эли Ульда Даха, который был арестован и которому было предъявлено обвинительное заключение во Франции в 1999 году, но который был затем освобожден в ожидании суда. Г-н Ульд Дах бежал из Франции и был судим, признан виновным и приговорен заочно. Комитет выразил сожаление по поводу того, что «государство-участник не приняло необходимых мер к задержанию г-на Ульда Даха на своей территории и обеспечению его присутствия на судебном разбирательстве» согласно его обязательствам по Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих досто-

⁴²² *Ibid.*, p. 339.

⁴²³ *Ibid.*, pp. 338–39. См. также Burgers and Danelius, p. 135.

⁴²⁴ Lambert, p. 170 (ссылается на *Ежегодник ... 1972 год*, том II, стр. 317 (комментарий к статье 5 проекта статей о предупреждении и наказании преступлений против дипломатических агентов и других лиц, пользующихся международной защитой)).

⁴²⁵ Burgers and Danelius, p. 134; и Lambert, pp. 168 and 171.

⁴²⁶ Burgers and Danelius, p. 134.

⁴²⁷ *Ibid.*

⁴²⁸ *Ежегодник ... 1972 год*, том II, стр. 317, пункт (5) комментария к статье 5 проекта статей о предупреждении и наказании преступлений против дипломатических агентов и других лиц, пользующихся международной защитой.

инство видов обращения и наказания. Рекомендация в адрес государства-участника заключалась в том, что, когда «оно определяет свою компетенцию в целях установления актов пыток при нахождении предполагаемого виновника этих деяний на любой территории под его юрисдикцией, [ему следует] принимать необходимые меры для обеспечения задержания этого лица или обеспечения его присутствия»⁴²⁹.

С. Уведомление других заинтересованных государств

146. В отсутствие какого-либо договорного отношения имеется мало авторитетных источников, поддерживающих положение о том, что государство, осуществляющее свою уголовную юрисдикцию, обязано уведомлять другие государства, возможно заинтересованные в судебном разбирательстве (оставляя в стороне обязательство относительно консульского уведомления, о котором идет речь в главе VI, раздел D, настоящего доклада). Однако в международных договорах, касающиеся преступлений, принято включать положение, обязывающее государства-участники, взявших предполагаемого преступника под стражу (или принявших такие другие законные меры, которые необходимы для обеспечения его присутствия), уведомлять другие заинтересованные государства-участники, имея в виду те государства-участники, которые могут также осуществлять национальную юрисдикцию в целях судебного преследования предполагаемого преступника (например, на основе «территориальной» юрисдикции, юрисдикции «по признаку гражданства» или юрисдикции «пассивной личности»). Обычно в таком уведомлении должны указываться общие результаты предварительного расследования, меры, принятые государством-участником (такие как взятие под стражу предполагаемого преступника) и намеревается ли государство-участник осуществлять свою юрисдикцию, передав дело для уголовного преследования.

147. Хотя в Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него и в Женевских конвенциях о защите жертв войны такого положения нет, в договорах последнего времени оно имеется. К числу таких договоров относятся Конвенция о борьбе с незаконным захватом воздушных судов (статья 6); Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации (статья 6, пункт 4); Конвенция о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов (статья 6, пункт 1); Международная конвенция о борьбе с захватом заложников (статья 6, пункты 2 и 6); Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (статья 6, пункт 4); Конвенция о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала (статья 13, пункт 2); Международная конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом (статья 7, пункт 6); Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма (статья 9, пункт 6); Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений (статья 10, пункт 2); и Конвенция АСЕАН о противодействии терроризму (статья VIII, пункт 6).

⁴²⁹ Выводы и рекомендации Комитета против пыток, Франция (CAT/C/FRA/CO/3 и Add.1), пункт 14.

148. Такое обязательство «носит общий характер», и это следует «делать даже тогда, когда уже есть твердое намерение осуществлять уголовное преследование соответствующего лица в государстве, в котором оно было арестовано»⁴³⁰. Это обязательство служит важной цели, позволяя другим государствам «решать, хотят ли они просить о выдаче из государства содержания под стражей. Кроме того, государство, гражданином которого является предполагаемый [исполнитель], может получить возможность принять соответствующие меры дипломатической или консульской защиты»⁴³¹.

D. Проект статьи 8. Осуществление национальной юрисдикции в условиях пребывания предполагаемого преступника

149. С учетом этих соображений Специальный докладчик предлагает следующий проект статьи:

Проект статьи 8. Осуществление национальной юрисдикции в условиях пребывания предполагаемого преступника

1. Если то или иное государство достает или получает информацию, указывающую на то, что какое-либо лицо, находящееся на территории под его юрисдикцией или контролем, возможно, совершило преступление, упомянутое в пунктах 1 или 2 проекта статьи 5, это государство незамедлительно проводит предварительное расследование для установления соответствующих фактов в отношении этого лица.

2. Если обстоятельства требуют этого, государство заключает это лицо под стражу или принимает такие другие законные меры, которые необходимы для обеспечения его присутствия при расследовании и в ходе уголовного разбирательства и процедуры выдачи или передачи в распоряжение. Содержание под стражей и другие законные меры должны быть такими, какие предусмотрены в законодательстве этого государства, но они должны соответствовать нормам международного права и применяться только в течение такого времени, которое считается разумным.

3. Государство уведомляет государства, упомянутые в пункте 1 проекта статьи 6, об общих результатах своего предварительного расследования, об обстоятельствах, оправдывающих любое содержание под стражей, и о том, намеревается ли оно представить это дело своим компетентным властям для целей уголовного преследования.

⁴³⁰ Burgers and Danelius, p. 135. См. также Lambert, pp. 174–175 (ссылается на *Ежегодник ... 1972 год*, том II, стр. 318 (отмечается двоякая цель такого требования, а именно то, что «сообщить государствам, занимающимся розыском предполагаемого правонарушителя, о том, что он найден», и что «позволит любому государству, особо заинтересованному в данном конкретном совершенном преступлении, определить, желает ли оно потребовать выдачи преступника и приступить к подготовке необходимых документов и сбору требуемых доказательств»)).

⁴³¹ Nowak and McArthur, p. 341. См. также Burgers and Danelius, p. 135; и Lambert, p. 183.

Глава V

Aut dedere aut judicare

150. «Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование», обычно упоминаемое как принцип *aut dedere aut judicare*, представляет собой обязательство, требующее от государства, в котором находится предполагаемый преступник, либо передать предполагаемого преступника для уголовного преследования в рамках национальной системы самого государства, либо выдать его другому государству, готовому сделать это в рамках своей национальной системы. Это обязательство содержится в многочисленных многосторонних договорах, касающихся преступлений⁴³².

151. Порой Генеральная Ассамблея Организации Объединенных Наций обращается к принципу *aut dedere aut judicare*, когда она призывает государства не предоставлять убежища преступникам в связи с различного рода преступлениями, часто имеющими отношение к терроризму⁴³³. Аналогичным образом, Совет Безопасности Организации Объединенных Наций многократно ссылался на этот принцип⁴³⁴. Ни в одном из этих случаев речь не шла о преступлениях против человечности, хотя некоторые из этих резолюций касались преступлений, которые при определенных обстоятельствах могут быть преступлениями против человечности, как, например, насильственные исчезновения или охрана мирных жителей или персонала Организации Объединенных Наций в условиях вооруженного конфликта. Международный Суд не касался статуса принципа *aut dedere aut judicare* в обычном международном праве, однако некоторые из его судей делали это в своих особых мнениях⁴³⁵.

⁴³² См. в общем плане, Обзор многосторонних конвенций, которые могут иметь значение для работы Комиссии международного права над темой «Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (*aut dedere aut judicare*)», Исследование, подготовленное Секретариатом (A/CN.4/630). См. также Bassiouni and Wise.

⁴³³ См., например, следующие резолюции Генеральной Ассамблеи: 34/145 от 17 декабря 1979 года; 38/130 от 19 декабря 1983 года; 40/61 от 9 декабря 1985 года; 42/159 от 7 декабря 1987 года; 44/29 от 4 декабря 1989 года; 46/51 от 9 декабря 1991 года; 47/133 от 18 декабря 1992 года; 49/60 от 9 декабря 1994 года; 51/210 от 17 декабря 1996 года; 51/60 от 12 декабря 1996 года; 54/164 от 17 декабря 1999 года; и 61/133 от 14 декабря 2006 года. См. также следующие доклады Генерального секретаря о мерах по ликвидации международного терроризма: A/56/160 от 3 июля 2001 года и A/60/228 от 12 августа 2005 года.

⁴³⁴ См., например, следующие резолюции Совета Безопасности: 1267 (1999) от 15 октября 1999 года; 1269 (1999) от 19 октября 1999 года; 1333 (2000) от 19 декабря 2000 года; 1456 (2003) от 20 января 2003 года; 1502 (2003) от 26 августа 2003 года; 1566 (2004) от 8 октября 2004 года; 1624 (2005) от 14 сентября 2005 года; 1674 (2006) от 28 апреля 2006 года; и 1738 (2006) от 23 декабря 2006 года.

⁴³⁵ См. *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*, Provisional Measures, Order of 14 April 1992, I.C.J. Reports 1992, p. 3, at p. 24, para. 2 (совместное заявление судей Эвенсена, Тарасова, Гийома и Агилара Модсли: «в общем международном праве отсутствует обязательство осуществлять судебное преследование в случае отказа в выдаче»); p. 38, para. 12 (особое мнение судьи Беджауи: то же самое); p. 69 (особое мнение судьи Виранантри: «Принцип *aut dedere aut judicare* является важным аспектом суверенитета государства над его гражданами, и общепризнанный характер этого принципа в обычном международном праве является очевидным»); and p. 82 (особое мнение судьи Аджиболы: то же самое). Что касается анализа, см. Bassiouni and Wise, pp. 58–69. В деле Об ордере на арест судьи Хиггинс, Койманс и Бургенталь признали

152. В статье 18 подготовленного Комиссией в 1996 году проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества дано определение преступлений против человечности, а в статье 9 предусматривается, что «без ущерба для юрисдикции международного уголовного суда государство-участник, на территории которого находится лицо, подозреваемое в совершении одного из преступлений, предусмотренных в статьях 17, 18, 19 и 20, выдает это лицо или возбуждает против него судебное преследование»⁴³⁶. В комментарии к этому положению отчасти сказано:

2) Статья 9 устанавливает общий принцип, согласно которому любое государство, на территории которого присутствует лицо, предположительно совершившее преступление, предусмотренное статьями 17–20 Части II, обязано выдать предполагаемого нарушителя или возбудить против него судебное преследование. ... Основопологающая цель этого принципа — обеспечить привлечение к ответственности лиц, виновных в совершении особо тяжких преступлений, предусмотрев эффективное преследование и наказание таких лиц компетентными судебными органами.

3) Обязательство в отношении выдачи или судебного преследования возлагается на государство местонахождения, на территории которого присутствует предполагаемый правонарушитель. Государство местонахождения обязано принять меры к обеспечению того, чтобы такое лицо было подвергнуто судебному преследованию либо национальными властями этого государства, либо другого государства, которое заявляет о своем желании осуществлять судебное преследование по этому делу, обращаясь с просьбой о выдаче. Государство местонахождения обладает уникальными возможностями для обеспечения осуществления настоящего Кодекса в силу факта присутствия на его территории предполагаемого правонарушителя. Поэтому государство местонахождения обязано принять необходимые и разумные шаги к поимке предполагаемого правонарушителя и обеспечению его судебного преследования компетентными судебными органами. Обязательство в отношении выдачи или судебного преследования касается государства, в котором находится «лицо, предположительно совершившее преступление». Эта формулировка используется для обозначения лица, устанавливаемого не на основании голословных утверждений, а на базе соответствующей фактической информации.

4) Национальные законы различных государств различаются в вопросах достаточности доказательств, необходимых для возбуждения уголовного преследования или удовлетворения просьбы о выдаче. Государство местонахождения несло бы обязательство по возбуждению судебного преследования против предполагаемого правонарушителя на своей территории при наличии достаточных для этого доказательств по его национальному законодательству, если только оно не примет решение удовлетворить полученную просьбу о выдаче. ...

5) Если достаточность доказательств, необходимых для возбуждения национального уголовного производства, регламентируется национальным законодательством, то достаточность доказательств для удовлетворения просьбы о выдаче регламентируется различными двусторонними и многосторонними договорами. ...

6) Государство местонахождения имеет выбор между двумя альтернативными вариантами действий, любой из которых должен вести к судебному преследованию предполагаемого правонарушителя. Государство местонахождения может выполнить свое обязательство, удовлетворив просьбу о выдаче предполагаемого правонарушителя,

важность принципа *aut dedere aut judicare*, особенно в отношении преступлений против человечности, однако они не коснулись его статуса как нормы обычного международного права (*Arrest Warrant of 11 April 2000* (см. сноску 302 выше), *Separate Opinion of Judges Higgins, Koijmans and Buergenthal*), pp. 78–79, paras. 51–52).

⁴³⁶ Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества (см. сноску 134 выше), стр. 30.

с которой обратилось любое другое государство, или возбудив преследование против данного лица в своих национальных судах. Статья 9 не устанавливает очередности за любым из этих двух альтернативных вариантов.

...

8) Вступительная клаузула в статье 9 признает возможный третий путь действий государства местонахождения для выполнения своего обязательства по обеспечению предполагаемого правонарушителя, обнаруженного на его территории. Государство местонахождения может передать предполагаемого правонарушителя международному уголовному суду для цели преследования. В статье 9 не рассматриваются случаи, при которых государству местонахождения будет разрешено это делать или при которых оно будет обязано это делать, поскольку эти вопросы будут регламентироваться в уставе будущего суда⁴³⁷.

153. В 2014 году Комиссия приняла окончательный доклад своей Рабочей группы по обязательству выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare), в котором был затронут — но не решен — вопрос о том, существует ли такое обязательство в обычном международном праве, в том числе в отношении преступлений против человечности. В докладе было сказано:

54) Когда Комиссия утвердила проект кодекса в 1996 году, содержащееся в нем положение об обязательстве выдавать и осуществлять судебное преследование представляло собой прогрессивное развитие международного права .. После завершения проекта кодекса в международном праве могли произойти дальнейшие изменения, отражающие практику государства и *opinio juris* в этой связи.

55) Комиссия отмечает, что в 2012 году в деле *Вопросы, касающиеся обязательства осуществлять судебное преследование или выдавать (Бельгия против Сенегала)* Международный Суд постановил, что он не компетентен рассматривать утверждения Бельгии о предполагаемых нарушениях Сенегалом обязательств по международному обычному праву, поскольку на момент обращения Бельгии в Суд спор между Бельгией и Сенегалом не был связан с нарушениями обязательств по международному обычному праву. Следовательно, у Суда еще не было возможности определить, составляет ли или не составляет обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование часть международного обычного права⁴³⁸.

154. В то же время Комиссия отметила, что «в настоящее время в договорном режиме, регламентирующем обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование, существуют значительные лакуны, которые, возможно, потребуется заполнить. В частности, существует недостаточно международных конвенций касательно данного обязательства в отношении большинства преступлений против человечности»⁴³⁹.

155. Как было отмечено в самом начале этой главы, обязательство aut dedere aut judicare содержится в многочисленных международных договорах, касающихся преступлений. Некоторые из этих договоров налагают на государство-участника обязательство передавать дело для судебного преследования только в том случае, если государство-участник отказывается передать предполагаемого преступника после получения просьбы о выдаче со стороны другого гос-

⁴³⁷ Там же, стр. 31–32.

⁴³⁸ Ежегодник ... 2014 год, том II (Часть вторая), пункт 65 (цитируется решение по делу *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* (см. сноску 98 выше), стр. 461, пункт 120).

⁴³⁹ Там же. См. также Akhavan.

ударства-участника⁴⁴⁰. Другие договорные положения налагают такое обязательство всякий раз, когда предполагаемый преступник находится на территории государства-участника, независимо от того, добивается ли какое-то другое государство-участник выдачи⁴⁴¹. При любом из этих подходов обязательство государства-участника может быть выполнено, если оно дает согласие на выдачу предполагаемого преступника⁴⁴².

156. Последний из этих подходов является наиболее распространенным в международных договорах, и главная формулировка, используемая для этого подхода, взята из (Гаагской) Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов, и поэтому ее обычно называют «Гаагской формулой». Статья 7 Конвенции гласит:

Договаривающееся Государство, на территории которого оказывается предполагаемый преступник, если оно не выдает его, обязано, без каких-либо исключений и независимо от того, совершено ли преступление на его территории, передать дело своим компетентным органам для целей уголовного преследования. Эти органы принимают решение таким же образом, как и в случае любого обычного преступления серьезного характера, в соответствии с законодательством этого Государства.

157. Хотя в правильно именуемом обязательстве речь идет о высылке или «осуществлении судебного преследования», обязательство, налагаемое Конвенцией о борьбе с незаконным захватом воздушных судов, сводится к тому,

⁴⁴⁰ См., например, Международная конвенция по борьбе с подделкой денежных знаков, статья 9 («Обязательство привлечения к ответственности обуславливается тем, что выдача была потребована и что страна, к которой обращено требование, не может выдать обвиняемого по причине, не связанной с данным делом»). См. также Конвенция по борьбе с нелегальной торговлей сильнодействующими средствами, статьи 7–8; Конвенция о предупреждении терроризма и наказании за него, статья 9; Конвенция о борьбе с торговлей людьми и с эксплуатацией проституции третьими лицами, статья 9; Единая конвенция о наркотических средствах, 1961 год, статья 36, пункт 2(a)(iv); и Конвенция о психотропных веществах, статья 22, пункт 2(a)(iv).

⁴⁴¹ См., например, Женевская конвенция об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях, статья 49; Женевская конвенция об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море, статья 50; Женевская конвенция об обращении с военнопленными, статья 129; Женевская конвенция о защите гражданского населения во время войны, статья 146:

Каждая Высокая Договаривающаяся Сторона обязуется разыскивать лиц, обвиняемых в том, что они совершили или приказали совершить то или иное из упомянутых серьезных нарушений и, каково бы ни было их гражданство, предавать их своему суду. Она может также, если она этого пожелает, передать их в соответствии с положениями своего законодательства для суда другой заинтересованной Высокой Договаривающейся Стороне в том случае, если эта Договаривающаяся Сторона имеет доказательства, дающие основание для обвинения этих лиц.

Хотя не было сделано никаких оговорок к Женевским конвенциям о защите жертв войны в отношении такого положения *aut dedere aut judicare*, эта конкретная формулировка получила мало поддержки в других международных договорах. Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I) является единственной другой многосторонней конвенцией, использующей эту формулировку, что она делает путем отсылки (статья 85, пункты 1 и 3, и статья 88, пункт 2). См. Исследование, подготовленное Секретариатом (сноска 432 выше), стр. 24.

⁴⁴² См. *там же*, пункт 126. См. также решение по делу *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* (сноска 98 выше), р. 422 (особое мнение судьи Юсуфа).

чтобы «передать дело» для целей уголовного преследования, что означает передать дело органам обвинения, которые могут добиваться, а могут и не добиваться обвинительного заключения. Если компетентные органы определяют, что нет достаточных доказательств вины, то в этом случае нет необходимости в том, чтобы обвиняемый был предан суду на основании обвинительного акта, судим и чтобы ему грозило наказание⁴⁴³. Ход подготовительной работы в связи с Гаагской конвенцией указывает на формулу, устанавливавшую следующее: «обязательство в отношении ареста предполагаемого преступника, возможность выдачи, обязательство в отношении передачи компетентному органу и возможность судебного преследования»⁴⁴⁴.

158. К Конвенции 1970 года о борьбе с незаконным захватом воздушных судов не было сделано никаких оговорок, которые затрагивали бы положения, касающиеся *aut dedere aut judicare*. Более того, Гаагская формула получила отражение примерно в трех четвертях многосторонних договоров, подготовленных за период с 1970 года, которые включают обязательство в отношении выдачи или передачи для судебного преследования⁴⁴⁵. Многие из этих договоров повторяют дословно или почти дословно Конвенцию о борьбе с незаконным захватом воз-

⁴⁴³ См. Исследование, подготовленное Секретариатом (сноска 432 выше), стр. 84–86, пункт 147.

⁴⁴⁴ Statement of Chairman Gilbert Guillaume (delegate from France), ICAO [International Civil Aviation Organization] Legal Committee, *Minutes and Documents relating to the Subject of Unlawful Seizure of Aircraft* (Doc. 8877-LC/161), para. 15, 13th meeting (3 Mar. 1970), 17th Sess. (Montreal, 9 Feb.-11 Mar. 1970).

⁴⁴⁵ См. Исследование, подготовленное Секретариатом (сноска 432 выше) стр. 46-49, пункт 108. К числу этих конвенций относятся (в хронологическом порядке): Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации (1971 год), статья 7; Конвенция о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов (1973 год), статья 7; Международная конвенция о борьбе с захватом заложников (1979 год), статья 8; Конвенция о физической защите ядерного материала (1979 год), статья 10; Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (1984 год), статья 7; Протокол о борьбе с незаконными актами насилия в аэропортах, обслуживающих международную гражданскую авиацию, дополняющий Конвенцию о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации (1988 год), статья III; Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства (1988 год), статья 10, пункт 1; Конвенция Организации Объединенных Наций о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ (1988), статья 6(9); Международная конвенция о борьбе с вербовкой, использованием, финансированием и обучением наемников (1989 год), статья 13; Конвенция о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала (1994 год), статья 14; Конвенция о борьбе с подкупом иностранных государственных должностных лиц (1997 год), статья 10, пункт 3; Международная конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом (1997 год), статья 8; Второй протокол к Гаагской конвенции о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта (1999 год), статья 1, пункт 1; Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма (1999 год), статья 10, пункт 1; Факультативный протокол к Конвенции о правах ребенка, касающегося торговли детьми, детской проституции и детской порнографии (2000 год), статья 5(5); Конвенция Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности и Протоколы к ней (2000 год), статья 16, пункт 10; Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции, статья 44, пункт 11; Международная конвенция о борьбе с актами ядерного терроризма, статья 11; и Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений (2006 год), статья 11.

душных судов, с малочисленными или незначительными изменениями по существу, в то время как другие базируются менее строго на Гаагской формуле. Можно привести следующие примеры: Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации⁴⁴⁶; Конвенция о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов⁴⁴⁷; Международная конвенция о борьбе с захватом заложников⁴⁴⁸; Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания⁴⁴⁹; Конвенция о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала⁴⁵⁰; Международная конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом⁴⁵¹; Международная конвенция о борьбе с финан-

⁴⁴⁶ Статья 7 («Договаривающееся Государство, на территории которого оказывается предполагаемый преступник, если оно не выдает его, обязано без каких-либо исключений и независимо от того, совершено ли преступление на его территории, передать дело своим компетентным органам для целей уголовного преследования. Эти органы принимают решение таким же образом, как и в случае любого обычного преступления серьезного характера в соответствии с законодательством этого Государства»).

⁴⁴⁷ Статья 6 («Государство-участник, на территории которого оказывается предполагаемый преступник, в том случае, если оно не выдает его, передает дело без каких-либо исключений и без необоснованной задержки своим компетентным органам для целей уголовного преследования с соблюдением процедур, установленных законами этого государства»).

⁴⁴⁸ Статья 8, пункт 1 («Государство-участник, на территории которого находится предполагаемый преступник, если оно не выдает его, обязано без каких-либо исключений и независимо от того, совершено ли преступление на его территории, передать дело своим компетентным органам для целей уголовного преследования посредством проведения судебного разбирательства в соответствии с законодательством этого Государства. Эти органы принимают решение таким же образом, как и в случае обычного преступления тяжкого характера в соответствии с законодательством этого»).

⁴⁴⁹ Статья 7 («1. Государство-участник, на территории которого, находящейся под его юрисдикцией, обнаружено лицо, подозреваемое в совершении любого из преступлений, указанных в статье 4, в случаях, предусмотренных в статье 5, если оно не выдает преступника, передает данное дело своим компетентным властям для судебного преследования. 2. Эти власти принимают решение таким же образом, как и в случае любого обычного преступления серьезного характера в соответствии с законодательством этого Государства. В случаях, перечисленных в пункте 2 статьи 5, требования, предъявляемые к доказательствам, необходимым для судебного преследования и осуждения, ни в коем случае не являются менее строгими, чем те, которые применяются в случаях, указанных в пункте 1 статьи 5»).

⁴⁵⁰ Статья 14 («Государство-участник, на территории которого находится предполагаемый преступник, если оно не выдает его, передает дело без каких-либо исключений и без необоснованной задержки своим компетентным органам для целей судебного преследования с соблюдением процедур, установленных законодательством этого государства. Эти органы принимают решение таким же образом, как и в случае обычного преступления тяжкого характера в соответствии с законодательством этого государства»).

⁴⁵¹ Статья 8, пункт 1 («Государство-участник, на территории которого находится предполагаемый преступник, в случаях, к которым применима статья 6, если оно не выдает это лицо, обязано без каких-либо исключений и независимо от того, совершено ли преступление на его территории или нет, без неоправданных задержек передать дело своим компетентным органам для целей уголовного преследования путем проведения разбирательства в соответствии со своим законодательством. Эти органы принимают решение таким же образом, как и в случае любого другого преступления тяжкого характера согласно законодательству этого государства»).

сированием терроризма⁴⁵²; Конвенция Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности⁴⁵³; Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции⁴⁵⁴; Международная конвенция о борьбе с актами ядерного терроризма;⁴⁵⁵ Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений⁴⁵⁶; и Конвенция АСЕАН о противодействии терроризму⁴⁵⁷.

⁴⁵² Статья 10, пункт 1 («Государство-участник, на территории которого находится лицо, совершившее или предположительно совершившее преступление, в случаях, к которым применима статья 7, если оно не выдает это лицо, обязано без каких бы то ни было исключений и независимо от того, совершено ли преступление на его территории, без излишних задержек передать дело своим компетентным органам для целей судебного преследования путем проведения разбирательства в соответствии с законодательством этого государства. Эти органы принимают решение таким же образом, как и в случае любого другого преступления тяжкого характера согласно законам этого государства»).

⁴⁵³ Статья 16, пункт 10 («Государство-участник, на территории которого находится лицо, подозреваемое в совершении преступления, если оно не выдает такое лицо в связи с преступлением, к которому применяется настоящая статья, лишь на том основании, что оно является одним из его граждан, обязано, по просьбе Государства-участника, запрашивающего выдачу, передать дело без неоправданных задержек своим компетентным органам для цели преследования. Эти органы принимают свое решение и осуществляют производство таким же образом, как и в случае любого другого преступления опасного характера согласно внутреннему законодательству этого Государства-участника. Заинтересованные Государства-участники сотрудничают друг с другом, в частности по процессуальным вопросам и вопросам доказывания, для обеспечения эффективности такого преследования»).

⁴⁵⁴ Статья 44, пункт 11 («Государство-участник, на территории которого находится лицо, подозреваемое в совершении преступления, если оно не выдает такое лицо в связи с преступлением, к которому применяется настоящая статья, лишь на том основании, что оно является одним из его граждан, обязано, по просьбе Государства-участника, запрашивающего выдачу, передать дело без неоправданных задержек своим компетентным органам для цели преследования. Эти органы принимают свое решение и осуществляют производство таким же образом, как и в случае любого другого преступления опасного характера согласно внутреннему законодательству этого Государства-участника. Заинтересованные Государства-участники сотрудничают друг с другом, в частности по процессуальным вопросам и вопросам доказывания, для обеспечения эффективности такого преследования»).

⁴⁵⁵ Статья 11, пункт 1 («Государство-участник, на территории которого находится предполагаемый преступник, в случаях, к которым применима статья 9, если оно не выдает это лицо, обязано без каких-либо исключений и независимо от того, совершено ли преступление на его территории или нет, без неоправданных задержек передать дело своим компетентным органам для целей уголовного преследования путем проведения разбирательства в соответствии со своим законодательством. Эти органы принимают решение таким же образом, как и в случае любого другого преступления тяжкого характера согласно законодательству этого государства»).

⁴⁵⁶ Статья 11 («1. Если предполагаемый исполнитель преступления насильственного исчезновения обнаруживается на территории, находящейся под юрисдикцией государства-участника, и если это государство не выдает указанное лицо или не передает его другому государству в соответствии со своими международными обязательствами или международному уголовному суду, чью компетенцию оно признает, то оно направляет данное дело своим компетентным органам для уголовного преследования. 2. Эти органы принимают решение таким же образом, как и в случае любого тяжкого общеуголовного преступления, в соответствии с законодательством этого государства-участника. В случаях, предусмотренных пунктом 2 статьи 9, правила доказывания, применяющиеся в контексте уголовного преследования и осуждения, никоим образом не являются менее

159. Гагскую формулу можно также найти во многих региональных конвенциях⁴⁵⁸. По сути дела, моделью для Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов⁴⁵⁹ послужила Европейская конвенция 1957 года о выдаче (статья 6(1)(d)). Эту конвенцию ратифицировали 50 государств, включая все государства-члены Совета Европы, а также три неевропейских государства (Израиль, Республика Корея и Южная Африка).

160. В деле «Вопросы, связанные с обязательством выдавать или осуществлять судебное преследование» (*Бельгия против Сенегала*) Международный Суд проанализировал Гагскую формулу в контексте статьи 7 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания:

90. Как видно из подготовительной работы над Конвенцией, пункт 1 статьи 7 основан на аналогичном положении, содержащемся в [Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов], подписанной в Гааге 16 декабря 1970 года. Обязательство передавать дело компетентным властям для судебного преследования (далее «обязательство по судебному преследованию») было сформулировано таким образом, чтобы эти власти сами решили вопрос о том, возбуждать ли судебное разбирательство, что отражает уважение независимости судебных систем государств-участников. Более того, в этих двух конвенциях подчеркивается, что власти принимают свое решение таким же

строгими, чем правила доказывания, применяющиеся в случаях, предусмотренных пунктом 1 указанной статьи»).

⁴⁵⁷ Статья XIII, пункт 1 («Участник, на территории которого находится предполагаемый преступник, в случаях, к которым применима статья VII настоящей Конвенции, если он не выдает это лицо, обязан без каких бы то ни было исключений и независимо от того, совершено ли преступление на его территории, без неоправданных задержек передать дело своим компетентным органам для целей судебного преследования путем проведения разбирательства в соответствии с законодательством этого участника. Эти органы принимают решение таким же образом, как и в случае любого другого преступления тяжкого характера согласно внутренним законам этого участника»).

⁴⁵⁸ См. Исследование, подготовленное Секретариатом (сноска 432 выше) стр. 46–49, пункт 108. К числу этих конвенций относятся (в хронологическом порядке): the Convention to prevent and punish the acts of terrorism taking the form of crimes against persons and related extortion that are of international significance (1971), art. 5; the Organization of African Unity Convention for the elimination of mercenarism in Africa (1977), arts. 8 and 9, paras. 2–3; the European Convention on the suppression of terrorism (1988), art. 7; the Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture (1985), art. 14; the South Asian Association for Regional Cooperation (SAARC) Regional Convention on Suppression of Terrorism (1987), art. 4; the Inter-American Convention on the Forced Disappearance of Persons (1994), art. 6; the Inter-American Convention on International Traffic in Minors (1994), art. 9; the Inter-American Convention against Corruption (1996), art. XIII, para. 6; the Inter-American Convention against the illicit manufacturing of and trafficking in firearms, ammunition, explosives and other related materials (1997), art. XIX, para. 6; the Arab Convention on the Suppression of Terrorism (1998), art. 6; the Criminal Law Convention on Corruption (1999), art. 27, para. 5; the Convention of the Organization of the Islamic Conference on Combating International Terrorism (1999), art. 6; the Convention on cybercrime (2001), art. 24, para. 6; the African Union Convention on Preventing and Combating Corruption (2003), art. 15, para. 6; the Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism (2005), art. 18; the Council of Europe Convention on Action Against Trafficking in Human Beings (2005), art. 31, para. 3; и the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN) Convention on Counter-Terrorism (2007), art. 13(1).

⁴⁵⁹ ICAO [International Civil Aviation Organization] Legal Committee, Minutes and Documents relating to the Subject of Unlawful Seizure of Aircraft (Document 8877-LC/161), 13th meeting (3 March 1970), 17th Session, Montreal, 9 February — 11 March 1970), p. 69, para. 33; и Guillaume, pp. 354 and 368.

образом, как и в случае любого обычного преступления серьезного характера в соответствии с законодательством этого государства (статья 7, пункт 2 [Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания] и статья 7 [Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов]). Из этого следует, что соответствующие компетентные власти остаются ответственными за решение вопроса о возбуждении судебного разбирательства с учетом представленных им доказательств и соответствующих уголовно-процессуальных норм.

91. Обязательство по судебному преследованию, предусмотренное в пункте 1 статьи 7, обычно осуществляется в контексте [Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания] после того, как государство выполнило другие обязательства, предусмотренные в предшествующих статьях, что требует от него принятия надлежащего законодательства для того, чтобы позволить ему признать пытку уголовным преступлением, наделить его суды универсальной юрисдикцией в этом деле и провести расследование фактов. Эти обязательства, взятые вместе, могут рассматриваться как элементы единого конвенционного механизма, нацеленного на то, чтобы не дать подозреваемым возможности избежать последствий их уголовной ответственности, если она будет доказана...

...

94. Суд считает, что пункт 1 статьи 7 требует от соответствующего государства передать дело своим соответствующим властям для осуществления судебного преследования, независимо от наличия предварительной просьбы о выдаче этого подозреваемого лица. Вот почему пункт 2 статьи 6 обязывает государство провести предварительное расследование немедленно после того, как подозреваемый оказался на его территории. Обязательство передать дело компетентным властям согласно пункту 1 статьи 7 может привести, а может и не привести к возбуждению судебного разбирательства с учетом представленных этим компетентным властям доказательств, касающихся обвинений против подозреваемого лица.

95. Однако, если государство, на территории которого находится подозреваемое лицо, получило просьбу о выдаче в любом из случаев, предусмотренных положениями Конвенции, оно может снять с себя обязательство по судебному преследованию, удовлетворив эту просьбу. Из этого следует, что выбор между выдачей и представлением для судебного преследования, согласно Конвенции, не означает, что оба варианта имеют одинаковую значимость. Выдача является одним из вариантов, предоставленных государству Конвенцией, в то время как судебное преследование представляет собой закрепленное в Конвенции международное обязательство, нарушение которого является противоправным деянием, влекущим за собой ответственность государства.

...

114. Хотя пункт 1 статьи 7 Конвенции не содержит какого-либо указания относительно времени, когда должно быть выполнено предусмотренное в нем обязательство, в тексте однозначно подразумевается, что обязательство должно быть выполнено в разумные сроки и таким образом, который соответствует объекту и цели Конвенции.

115. Суд считает, что обязательство государства по судебному преследованию, предусмотренное в пункте 1 статьи 7 Конвенции, предназначено для того, чтобы создать возможности для реализации объекта и цели Конвенции, а именно «повысить эффективность борьбы против пыток» (преамбула к Конвенции). Именно поэтому разбирательство должно быть проведено безотлагательно.

...

120. Цель этих договорных положений состоит в предотвращении безнаказанности лиц, предположительно совершивших акты пыток, с помощью мер, обеспечивающих, чтобы они не смогли укрыться в любом другом государстве-участнике. Государство, на территории которого находится подозреваемое лицо, на самом деле имеет выбор и может выдать его стране, которая обратилась с такой просьбой, но при условии,

что эта страна является государством, обладающим юрисдикцией в том или ином качестве, как указано в статье 5 Конвенции, для возбуждения дела в отношении подозреваемого лица и предания его суду⁴⁶⁰.

161. Суд также счел, что невыполнение этих обязательств не может быть оправдано различными факторами, такими как финансовые трудности государства⁴⁶¹, передача дела в региональную организацию⁴⁶² или трудности с осуществлением согласно внутреннему законодательству государства⁴⁶³.

162. Идея выполнения обязательства государства-участника путем передачи предполагаемого преступника в распоряжение международного суда или трибунала (иногда это называют «третьим вариантом» или частью «тройного варианта») также возникала в последние годы, особенно в связи с созданием Международного уголовного суда и других международных и специальных судов и трибуналов⁴⁶⁴. Например, в пункте 1 статьи 11 Международной конвенции для защиты всех лиц от насильственных исчезновений предусматривается:

Если предполагаемый исполнитель преступления насильственного исчезновения обнаруживается на территории, находящейся под юрисдикцией государства-участника, и если это государство не выдает указанное лицо или не передает его другому государству в соответствии со своими международными обязательствами или международному уголовному суду, чью компетенцию оно признает, то оно направляет данное дело своим компетентным органам для уголовного преследования.

163. Фраза «международный уголовный суд», используемая в такой формулировке, предназначена для охвата не только Международного уголовного суда, но и специальных международных уголовных трибуналов и специальных судов или трибуналов, которые сочетают международное и национальное право⁴⁶⁵. Фраза «чью компетенцию оно признает» может показаться ненужной, хотя она косвенно означает, что не все государства принимают юрисдикцию одних и тех же международных уголовных трибуналов и что, соответственно, возможности передачи правонарушителей в распоряжение таких трибуналов будут варьироваться от государства к государству.

164. Большинство договоров, содержащих Гаагскую формулу, также содержат положение, гласящее, что «органы принимают решение таким же образом, как и в случае любого обычного преступления серьезного характера, в соответствии с законодательством этого государства-участника»⁴⁶⁶. Цель такого положения заключается в том, чтобы помочь избежать любой возможности использования ситуации в политических целях, что приводит к судебным процессам на основе ложных обвинений и сфабрикованных доказательств и, тем самым, к трениям между государствами⁴⁶⁷. Таким образом, в рамках этих разбирательств «применяются обычные процедуры, касающиеся серьезных преступлений, в

⁴⁶⁰ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* (см. сноску 98 выше), р. 454–461, paras. 90–91, 94–95, 114–115 and 120.

⁴⁶¹ *Ibid.*, р. 460, para. 112.

⁴⁶² *Ibid.*

⁴⁶³ *Ibid.*, р. 460, para. 113.

⁴⁶⁴ *Ежегодник ... 2014 год*, том II (Часть первая), документ A/CN.4/680, пункт 27.

⁴⁶⁵ См. *Ежегодник ... 2014 год*, том II (Часть вторая), пункт 35; и Scovazzi and Citroni, р. 303.

⁴⁶⁶ См. сноски 446–457 выше.

⁴⁶⁷ Nowak and McArthur, р. 365.

ходе процедур выдачи и судебных разбирательств по уголовным делам, равно как и обычные правила представления доказательств»⁴⁶⁸.

165. Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания и Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений содержат еще одно предложение, предусматривающее, что в ситуациях, когда юрисдикция государства-участника основывается исключительно на присутствии предполагаемого правонарушителя, правила доказывания, применяющиеся в контексте уголовного преследования и осуждения, никоим образом не являются менее строгими, чем правила доказывания, применяющиеся в других государствах, обладающих юрисдикцией (например, юрисдикцией, основанной на территориальности или гражданстве). Это предложение имеет целью обеспечить, чтобы предполагаемые преступники не подвергались судебному преследованию третьим государством на основе недостаточных или не относящихся к делу доказательств. По мнению некоторых авторов, если доказательства в третьем государстве являются недостаточными, а государство территориальной юрисдикции или национальное государство не способно или не готово представить необходимые доказательства, третье государство должно выдать предполагаемого преступника по мере возможности юрисдикции, в которой доказательства имеются, или должно отложить судебное разбирательство для того, чтобы договориться об урегулировании с заинтересованными государствами⁴⁶⁹. Однако практическая трудность с таким обязательством заключается в предположении, согласно которому обвинители и судьи в государстве-участнике могут легко подтверждать и применять правила доказывания, требующиеся для уголовного преследования и осуждения, которые применяются в других государствах-участниках, обладающих юрисдикцией в этом деле.

Проект статьи 9. Aut dedere aut judicare

166. Как было указано ранее, Комиссия в 2014 году отметила, что «в настоящее время в договорном режиме, регламентирующем обязательство выдавать или осуществлять судебное решение, существуют значительные лакуны, которые, возможно, потребуются заполнить. В частности, существует недостаточно международных конвенций касательно данного обязательства в отношении большинства преступлений против человечности»⁴⁷⁰. В этой связи Комиссия также напомнила, что она включила в свою программу работы нынешнюю тему, «которая будет включать в качестве одного из элементов нового договора обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование за совершение этих преступлений»⁴⁷¹. Более того, Комиссия рекомендовала «государствам учитывать Гаагскую формулу при принятии мер по устранению каких-либо пробелов в действующем договорном режиме»⁴⁷². Наконец, Комиссия охарактеризовала в качестве одного из основных элементов современной формулы *aut dedere aut judicare* положение, касающееся «третьей альтернативы» (т.е. идеи о том, что это обязательство может быть выполнено посредством пе-

⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 366, цитируется Burgers and Danelius, p. 138.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, p. 366.

⁴⁷⁰ Ежегодник ... 2014 год, том II (Часть вторая), пункт (14); см. также там же, пункт (31).

⁴⁷¹ *Ibid.*

⁴⁷² *Ibid.*

редачи предполагаемого преступника компетентному международному трибуналу), отметив, в частности, пункт 1 статьи 11 Международной конвенции для защиты всех лиц от насильственных исчезновений⁴⁷³.

167. С учетом этих соображений Специальный докладчик предлагает следующий проект статьи:

Проект статьи 9. Aut dedere aut judicare

1. Если лицо, предположительно совершившее преступление, упоминаемое в пунктах 1 и 2 проекта статьи 5, обнаружено на любой территории под юрисдикцией или контролем того или иного государства, это государство передает дело своим компетентным властям в целях судебного преследования, если только оно не выдает или не передает это лицо другому государству или компетентному международному уголовному трибуналу.

2. Если государство передает дело своим компетентным властям в целях судебного преследования, эти власти решают, возбуждать ли и как возбуждать судебное преследование, таким же образом, как и в случае любого обычного преступления серьезного характера в соответствии с законодательством этого государства.

Глава VI

Справедливое обращение с предполагаемым преступником

168. Все государства предусматривают в своем национальном законодательстве меры защиты одной или другой степени для лиц, по которым они проводят расследование, которых они задерживают, судят и наказывают за то или иное уголовное преступление. Такие меры защиты могут быть уточнены в конституции, законодательном акте, административном правиле или судебном прецеденте. Помимо этого, могут быть кодифицированы детально прописанные правила или может быть установлен широкий критерий, содержащий ссылки на «справедливое обращение», «надлежащую правовую процедуру», «судебные гарантии» или «равную защиту». Такие меры защиты крайне важны для обеспечения того, чтобы чрезвычайная мощь государственного аппарата уголовного правосудия не использовалась ненадлежащим образом для оказания давления на подозреваемого, в частности сохраняя для этого лица способность полностью опротестовать обвинения со стороны государства перед независимым судом (тем самым создавая возможности для «равноправия сторон»).

169. Такие меры защиты сейчас получили широкое признание в международном уголовном праве и праве прав человека⁴⁷⁴. На самом общем уровне такие меры защиты определены во Всеобщей декларации прав человека 1948 года, в статье 10 которой предусматривается следующее: «Каждый человек, для определения его прав и обязанностей и для установления обоснованности предъявленного ему уголовного обвинения, имеет право, на основе полного равенства, на то, чтобы его дело было рассмотрено гласно и с соблюдением всех требова-

⁴⁷³ *Ibid.*, paras. (34)–(36).

⁴⁷⁴ Doswald-Beck («Право на справедливое судебное разбирательство со времени Всеобщей декларации прав человека ... закрепилось в качестве одного из основных столпов международного права в целях защиты лиц от произвола»).

ний справедливости независимым и беспристрастным судом»⁴⁷⁵. Помимо этого, в статье 11 предусматривается, что «каждый человек, обвиняемый в совершении преступления, имеет право считаться невиновным до тех пор, пока его виновность не будет установлена законным порядком путем гласного судебного разбирательства, при котором ему обеспечиваются все возможности для защиты», и что «никто не может быть осужден за преступление на основании совершения какого-либо деяния или за бездействие, которые во время их совершения не составляли преступления по национальным законам или по международному праву. Не может также налагаться наказание более тяжкое, нежели то, которое могло быть применено в то время, когда преступление было совершено»⁴⁷⁶.

170. Основное заявление универсального характера в отношении таких гарантий содержится в статье 14 Международного пакта о гражданских и политических правах. В статье 14 установлен целый набор прав, включая следующие: 1) все лица равны перед судами и трибуналами; 2) каждый имеет право на справедливое и публичное разбирательство дела компетентным, независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона; 3) печать и публика могут не допускаться на судебное разбирательство по конкретно указанным причинам; 4) любое судебное постановление по уголовному делу должно быть публичным, за исключением ограниченных случаев; 5) каждый обвиняемый в уголовном преступлении имеет право считаться невиновным, пока виновность его не будет доказана согласно закону; 6) каждый имеет право быть в срочном порядке и подробно уведомленным на языке, который он понимает, о характере и основании предъявляемого ему уголовного обвинения; 7) каждый имеет право иметь достаточное время и возможности для подготовки своей защиты и сноситься с выбранным им самим защитником; 8) каждый имеет право быть судимым без неоправданной задержки; 9) каждый имеет право быть судимым в его присутствии и защищать себя лично или через посредство выбранного им самим защитника (и быть уведомленным об этом праве и иметь назначенного ему защитника в любом таком случае, когда интересы правосудия того требуют); 10) каждый имеет право допрашивать показывающих против него свидетелей или иметь право на то, чтобы эти свидетели были допрошены; 11) каждый имеет право пользоваться бесплатной помощью переводчика, если он не понимает языка, используемого в суде, или не говорит на этом языке; 12) каждый имеет право не быть принуждаемым к даче показаний против самого себя или к признанию себя виновным; 13) в отношении несовершеннолетних процесс должен быть таков, чтобы учитывались их возраст и желательность содействия их перевоспитанию; 14) каждый, кто осужден за какое-либо преступление, имеет право на то, чтобы его осуждение и приговор были пересмотрены вышестоящей судебной инстанцией согласно закону; и 15) никто не должен быть вторично судим или наказан за преступление, за которое он уже был окончательно осужден или оправдан (принцип *ne bis in idem* («не дважды за одно и то же»)) или в качестве защиты от «двойной наказуемости»). Цель статьи 14 Международного пакта о гражданских и политических правах, очевид-

⁴⁷⁵ Резолюция 217 А (III) Генеральной Ассамблеи от 10 декабря 1948 года. См. также Lehtimaja and Pellonpää.

⁴⁷⁶ Резолюция 217 А (III) Генеральной Ассамблеи от 10 декабря 1948 года.

но, заключается в обеспечении надлежащего отправления правосудия по отношению к предполагаемому преступнику⁴⁷⁷.

171. Как правило, документы, создающие международный суд или трибунал или устанавливающие стандарты для них, стремятся повторить с той или иной степенью конкретизации нормы, установленные в статье 14 Международного пакта о гражданских и политических правах, в то время как документы, касающиеся национальных законов, обычно предусматривают широкий критерий, имеющий целью признать и включить конкретные нормы, предписанные в статье 14.

172. В Нюрнбергском уставе содержалась статья относительно «обеспечения справедливого суда над подсудимыми», в которой рассматривались такие элементы, как ясность обвинительного заключения, язык судебного разбирательства, право на защитника и право защиты на доступ к доказательствам (статья 16). В подготовленном Комиссией в 1954 году проекте кодекса преступлений против мира и безопасности человечества⁴⁷⁸ не содержалось никакой статьи о мерах защиты для предполагаемого преступника. Однако в статье 11 проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества от 1996 года были перечислены несколько мер защиты, которые должны применяться в отношении лиц, обвиняемых в том или ином преступлении против мира и безопасности человечества⁴⁷⁹. В своем комментарии к статье 11 Комиссия выделила проект кодекса преступлений 1954 года, в котором «не затрагивался вопрос о процедурах расследования и судебного преследования лиц, виновных в совершении» преступлений, поскольку он «предусматривался как инструмент материального уголовного права, применяемого национальным су-

⁴⁷⁷ Комитет по правам человека, Замечание общего порядка № 32 (CCPR/C/GC/32).

⁴⁷⁸ *Yearbook ... 1954*, vol. II, pp. 151–152.

⁴⁷⁹ В конкретном плане в статье 11 предусматривается:

«Судебные гарантии

1. Лицо, обвиняемое в совершении преступления против мира и безопасности человечества, считается невиновным до тех пор, пока его виновность не будет доказана, и вправе пользоваться без дискриминации минимальными гарантиями, предоставляемыми каждому человеку в отношении права и фактов, и имеет следующие права:
 - a) при установлении любого предъявленного ему обвинения, на справедливое и публичное разбирательство своего дела компетентным, независимым и беспристрастным судом, созданным надлежащим образом на основании закона;
 - b) быть незамедлительно и подробно уведомленным на языке, который оно понимает, о характере и основании предъявляемого ему обвинения;
 - c) иметь достаточное время и возможности для подготовки своей защиты и сноситься с выбранным им самим защитником;
 - d) быть судимым без неоправданной задержки;
 - e) быть судимым в его присутствии и защищать себя лично или через посредство выбранного им самим защитника; если оно не имеет защитника, быть уведомленным об этом праве и иметь назначенного ему защитника безвозмездно, когда у него нет достаточно средств для оплаты такого защитника;
 - f) допрашивать показывающих против него свидетелей или иметь право на то, чтобы эти свидетели были допрошены, а также иметь право на вызов и допрос его свидетелей на тех же условиях, какие существуют для свидетелей, показывающих против него;
 - g) пользоваться бесплатной помощью переводчика, если оно не понимает языка, используемого в суде, или не говорит на этом языке;
 - h) не быть принуждаемым к даче показаний против самого себя или к признанию себя виновным.
2. Каждый, кто осужден за какое-либо преступление, имеет право на то, чтобы его осуждение и приговор были пересмотрены согласно закону». Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества (см. сноску 134 выше, стр. 33–36).

дом или, возможно, международным уголовным судом в соответствии с правилами процедуры и доказывания, существующими в рамках компетентной национальной или международной юрисдикции»⁴⁸⁰. Однако в отношении проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества 1996 года Комиссия:

считает, что документ универсального характера, каковым является настоящий Кодекс, должен предусматривать соблюдение международных норм, касающихся надлежащей правовой процедуры и справедливого судебного разбирательства и изложенных в статье 14 Международного пакта о гражданских и политических правах. Именно поэтому основные положения статьи 14 Пакта воспроизведены в статье 11, с тем чтобы обеспечить применение этих основных судебных гарантий по отношению к лицам, дело которых рассматривается национальным или международным судом в связи с преступлением против мира и безопасности человечества по смыслу Кодекса⁴⁸¹.

173. Документы, регулирующие деятельность Международного трибунала по бывшей Югославии⁴⁸², Международного уголовного трибунала по Руанде⁴⁸³, Специального суда по Сьерра-Леоне⁴⁸⁴, Специального трибунала по Ливану⁴⁸⁵, Специальных коллегий по тяжким преступлениям в Восточном Тиморе⁴⁸⁶, чрезвычайных палат в судах Камбоджи⁴⁸⁷, Верховного иракского уголовного трибунала⁴⁸⁸ и Чрезвычайных африканских палат в рамках сенегальской судебной системы⁴⁸⁹, содержат различные положения, касающиеся мер защиты для обвиняемых. Что касается Международного уголовного суда, то в Римском статуте Международного уголовного суда содержатся статьи, посвященные *nullem crimen sine lege* (статья 22), *nulla poena sine lege* (статья 23), исключения из юрисдикции для лиц, не достигших 18-летнего возраста (статья 26), прав лиц в ходе расследования (статья 55), судебного разбирательства в присутствии обвиняемого (статья 63), презумпции невиновности (статья 66) и прав обвиняемого (статья 67). В последней из этих статей довольно подробно перечисляются меры защиты для ответчика, схожие с теми, которые содержатся в статье 14 Международного пакта о гражданских и политических правах⁴⁹⁰.

174. В отличие от этого, большинство договоров, касающихся преступлений или конкретных видов нарушений прав человека в рамках национальной правовой системы, таких как пытки, не повторяют это множество мер защиты для предполагаемого преступника. Вместо этого в таких договорах содержится положение, выражающее общие обязательства по защите в отношении предполагаемого преступника, которые по сути дела включают перекрестные ссылки на

⁴⁸⁰ Там же, стр. 33, пункт (1) комментария к проекту статьи 11.

⁴⁸¹ Там же, стр. 34, пункт (6) комментария к проекту статьи 11.

⁴⁸² Обновленный устав Международного трибунала по бывшей Югославии (см. сноску 99 выше), статья 21.

⁴⁸³ Устав Международного уголовного трибунала по Руанде (см. сноску 100 выше), статья 20.

⁴⁸⁴ Устав Специального суда по Сьерра-Леоне (см. сноску 101 выше), статья 17.

⁴⁸⁵ Устав Специального трибунала по Ливану (см. сноску 170 выше), статья 16.

⁴⁸⁶ UNTAET/REG/2000/15 (см. сноску 102 выше), sects. 12–13.

⁴⁸⁷ Закон об учреждении чрезвычайных палат в судах Камбоджи для преследования за преступления, совершенные в период Демократической Кампучии (см. сноску 103 выше), статьи 33 новая — 35 новая.

⁴⁸⁸ Statute of the Iraqi Special Tribunal (см. сноску 104 выше), art. 20.

⁴⁸⁹ Statute of the Extraordinary African Chambers within the courts of Senegal created to prosecute international crimes committed in Chad between 7 June 1982 and 1 December 1990 (см. сноску 105 выше), art. 21.

⁴⁹⁰ См., например, Zappalà, p. 1325; и Schabas, “Article 67”, pp. 845–868.

более детальные меры защиты, содержащиеся в других документах или в обычном международном праве. Хороший пример такого положения может быть найден в Конвенции о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала, в статье 17 (Справедливое обращение) которой предусматривается следующее:

1. Любому лицу, в отношении которого осуществляется расследование или судебное разбирательство в связи с любым из преступлений, предусмотренных в статье 9, гарантируются справедливое обращение, справедливый судебный процесс и полная защита его прав на всех стадиях расследования или разбирательства.

2. Любому предполагаемому преступнику предоставляется право:

a) безотлагательно связаться с ближайшим соответствующим представителем государства или государств, гражданином которого или которых такое лицо является или которое или которые в силу иных оснований правомочны защищать права этого лица, либо, если оно является лицом без гражданства, государства, которое согласно защищать его права по его просьбе; и

b) на посещение представителем этого государства или государств.

175. Нижеследующие подразделы касаются таких элементов, как справедливое обращение, справедливое судебное разбирательство, меры защиты прав человека в целом и право сноситься с государством гражданства или другим соответствующим государством.

A. Справедливое обращение

176. Как было отмечено выше, большинство договоров, касающихся преступлений или конкретных видов нарушений прав человека в рамках национальной правовой системы, не повторяют множество мер защиты для предполагаемого преступника; вместо этого в таких договорах содержится положение, выражающее общие обязательства по защите. Часто это принимает форму обязательства для государства обеспечивать предполагаемому преступнику «справедливое обращение» на всех этапах судебного разбирательства.

177. Примеры такого положения о «справедливом обращении» можно найти в Конвенции о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов⁴⁹¹; Международной конвенции о борьбе с захватом заложников⁴⁹², Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания⁴⁹³, Конвенции о борьбе с незаконными актами,

⁴⁹¹ Статья 9 («Любому лицу, в отношении которого осуществляется разбирательство в связи с любым из преступлений, предусмотренных в статье 2, гарантируется справедливое рассмотрение дела на всех стадиях разбирательства»).

⁴⁹² Статья 8, пункт 2 («Любому лицу, в отношении которого осуществляется судебное разбирательство в связи с любым из преступлений, указанных в статье 1, гарантируется справедливое обращение на всех стадиях судебного разбирательства, в том числе пользование всеми правами и гарантиями, предусмотренными законодательством государства, на территории которого оно находится»).

⁴⁹³ Статья 7, пункт 3 («Любому лицу, в отношении которого осуществляется разбирательство в связи с любым из преступлений, указанных в статье 4, гарантируется справедливое обращение на всех стадиях разбирательства»).

направленными против безопасности морского судоходства⁴⁹⁴; Конвенции о правах ребенка⁴⁹⁵; Международной конвенции о борьбе с вербовкой, использованием, финансированием и обучением наемников⁴⁹⁶; Международной конвенции о борьбе с бомбовым терроризмом⁴⁹⁷; Втором протоколе к Гаагской конвенции о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта⁴⁹⁸; Международной конвенции о борьбе с финансированием терроризма⁴⁹⁹; Конвенции Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности⁵⁰⁰; Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции⁵⁰¹; Международной конвенции о борьбе с актами ядерного тер-

⁴⁹⁴ Статья 10, пункт 2 («Любому лицу, в отношении которого осуществляется разбирательство в связи с любым из преступлений, указанных в статье 3, гарантируется справедливое обращение на всех стадиях разбирательства, в том числе пользование всеми правами и гарантиями, предусмотренными для такого разбирательства законодательством государства, на территории которого оно находится»).

⁴⁹⁵ Статья 40, пункт 2(b) («Каждый ребенок, который, как считается, нарушил уголовное законодательство или обвиняется в его нарушении, имел по меньшей мере следующие гарантии: ... iii): безотлагательное принятие решения по рассматриваемому вопросу компетентным, независимым и беспристрастным органом или судебным органом в ходе справедливого слушания в соответствии с законом в присутствии адвоката или другого соответствующего лица, и, если это не считается противоречащим наилучшим интересам ребенка, в частности, с учетом его возраста или положения его родителей или законных опекунов»).

⁴⁹⁶ Статья 11 («Любому лицу, в отношении которого осуществляется судебное разбирательство в связи с любым из преступлений, указанных в настоящей Конвенции, гарантируется на всех стадиях разбирательства беспристрастное обращение и все права и гарантии, предусмотренные законодательством соответствующего государства. Необходимо обеспечивать учет применимых норм международного права»).

⁴⁹⁷ Статья 14 («Любому лицу, которое взято под стражу или в отношении которого приняты любые другие меры или осуществляется разбирательство в соответствии с настоящей Конвенцией, гарантируется справедливое обращение, в том числе пользование всеми правами и гарантиями в соответствии с законодательством государства, на территории которого это лицо находится, и применимыми положениями международного права, включая положения о правах человека»).

⁴⁹⁸ Статья 17, пункт 2 («Без ущерба в необходимых случаях для соответствующих норм международного права, любому лицу, в отношении которого в связи с Конвенцией или настоящим Протоколом проводится разбирательство, гарантируется справедливое обращение и справедливое разбирательство в соответствии с внутренним и международным правом на всех стадиях разбирательства, и таким лицам ни в коем случае не предоставляются гарантии, менее благоприятные, чем те, которые предусмотрены международным правом»).

⁴⁹⁹ Статья 17 («Любому лицу, которое взято под стражу или в отношении которого приняты любые другие меры или осуществляется разбирательство в соответствии с настоящей Конвенцией, гарантируется справедливое обращение, в том числе пользование всеми правами и гарантиями в соответствии с законодательством государства, на территории которого это лицо находится, и применимыми положениями международного права, включая международные стандарты в области прав человека»).

⁵⁰⁰ Статья 16, пункт 13 («Любому лицу, по делу которого осуществляется производство в связи с любым преступлением, к которому применяется настоящая статья, гарантируется справедливое обращение на всех стадиях производства, включая осуществление всех прав и гарантий, предусмотренных внутренним законодательством Государства-участника, на территории которого находится это лицо»).

⁵⁰¹ Статья 44, пункт 14 («Любому лицу, по делу которого осуществляется производство в связи с любым преступлением, к которому применяется настоящая статья, гарантируется справедливое обращение на всех стадиях производства, включая осуществление всех прав

роризма⁵⁰², Международной конвенции для защиты всех лиц от насильственных исчезновений⁵⁰³, и Конвенции АСЕАН о противодействии терроризму⁵⁰⁴.

178. В этих конвенциях не определяется термин «справедливое обращение»⁵⁰⁵, однако этот термин рассматривается как охватывающий конкретные права, которые имеет предполагаемый преступник, подобные тем, которые предусмотрены в статье 14 Международного пакта о гражданских и политических правах. Так, при разработке статьи 8 проектов статей о предотвращении и наказании преступлений против дипломатических агентов и других лиц, пользующихся международной защитой, Комиссия утверждала, что формулировка «справедливое обращение на всех этапах судебного разбирательства» «имела целью охватить все гарантии, обычно признаваемые за задержанным или обвиняемым лицом» и что «пример таких гарантий содержится в статье 14 Международного пакта о гражданских и политических правах»⁵⁰⁶. Помимо этого, Комиссия отметила, что «выражение „справедливое обращение“ является предпочтительным — вследствие его общего характера — по сравнению с более обычными выражениями, такими как «надлежащая правовая процедура», «справедливое слушание дела» или «справедливое судебное разбирательство», которые могут истолковываться в узком техническом смысле»⁵⁰⁷. Наконец, Комиссия также объяснила, что формулировка «на всех этапах судебного разбирательства» «предназначена для охраны прав предполагаемого преступника с

и гарантий, предусмотренных внутренним законодательством Государства-участника, на территории которого находится это лицо»).

⁵⁰² Статья 12 («Любому лицу, которое взято под стражу или в отношении которого приняты любые другие меры или осуществляется разбирательство в соответствии с настоящей Конвенцией, гарантируется справедливое обращение, в том числе пользование всеми правами и гарантиями в соответствии с законодательством государства, на территории которого это лицо находится, и применимыми положениями международного права, включая положения о правах человека»).

⁵⁰³ Статья 11, пункт 3 («Любое лицо, преследуемое в судебном порядке за совершение преступления насильственного исчезновения, пользуется гарантией справедливого обращения на всех стадиях судебного разбирательства. Любое лицо, привлеченное к суду за совершение преступления насильственного исчезновения, имеет право на справедливое разбирательство дела компетентным, независимым и беспристрастным судом или трибуналом, созданным на основании закона»).

⁵⁰⁴ Статья VIII, пункт 1 («Любому лицу, которого берут под стражу или в отношении которого принимаются любые другие меры или осуществляется производство в соответствии с настоящей Конвенцией, гарантируется справедливое обращение, включая пользование всеми правами и гарантиями согласно законодательству участника, на территории которого это лицо находится, и применимым положениям международного права, включая международное право прав человека»).

⁵⁰⁵ Lambert, p. 204.

⁵⁰⁶ Проект статей о предотвращении и наказании преступлений против дипломатических агентов и других лиц, имеющих право на защиту в соответствии с международным правом, *Ежегодник ... 1972 год*, том II, стр. 320, проект статьи 8 и комментариев к ней. См. также Costello, p. 492 («Если имеет место какое-либо нарушение прав, упоминаемых в статье 14 Международного пакта, в отношении лица, обвиняемого в правонарушении согласно Конвенции о дипломатических агентах, Договаривающееся государство будет вполне утверждать, что имеет место нарушение обязательств того или иного государства согласно статье 9 этой Конвенции»).

⁵⁰⁷ *Ежегодник ... 1972 год*, том II, стр. 320.

момента его обнаружения и принятия мер для обеспечения его присутствия до принятия окончательного решения по делу»⁵⁰⁸.

179. Широкая ссылка на «справедливое обращение», а не на какие-то конкретные права также помогает избежать необходимости повторять весь диапазон прав, которые имеет любое лицо согласно международному праву прав человека, и, собственно говоря, избегать непреднамеренного ограничения этих прав. Например, подготовительная работа по Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания показывает, что именно по этой причине разработчики отвергли предложение Нидерландов относительно предоставления тем, кто предположительно прибегает к пыткам, более узких «гарантий справедливого и беспристрастного судебного разбирательства» в пользу предложенной Швецией более широкой формулировки — «справедливого обращения на всех этапах судопроизводства»⁵⁰⁹. Как стало ясно в ходе подготовительной работы, эта более широкая формулировка охватывала все обязательства касательно справедливого судебного разбирательства, сформулированные в статье 14 Международного пакта о гражданских и политических правах, и обеспечивала защиту предполагаемого преступника на этапах как предварительного судебного рассмотрения, так и судебного преследования⁵¹⁰. Аналогичным образом, разработчики Международной конвенции для защиты всех лиц от насильственных исчезновений использовали конструкцию «справедливое обращение» в качестве шаблона для ее статьи, касающейся прав подсудимого, также для того, чтобы не ограничивать диапазон прав⁵¹¹.

В. Справедливое судебное разбирательство

180. Концепция «справедливого обращения» обычно рассматривается как включающая в себя право на справедливое судебное разбирательство. Однако, как будет видно ниже, право на справедливое судебное разбирательство считается настолько важным, что в некоторых договорах, касающихся преступлений, придается большое значение установлению как права на «справедливое обращение», так и права на «справедливое судебное разбирательство».

181. К числу мер защиты, которые государства в соответствии со своим национальным законодательством используют в отношении лиц, представших перед судом по обвинению в совершении уголовного преступления, относится право на справедливое судебное разбирательство⁵¹². Такое право предусмотре-

⁵⁰⁸ *Ibid.*

⁵⁰⁹ Nowak and McArthur, pp. 366–367.

⁵¹⁰ *Ibid.*, p. 367 («Лицо, подозреваемое в применении пыток, должно пользоваться всеми гарантиями справедливого судебного процесса, предусмотренными в статье 14 Международного пакта о гражданских и политических правах»).

⁵¹¹ См., например, Комиссия по правам человека, Доклад Межсессионной рабочей группы открытого состава по разработке проекта имеющего обязательную силу нормативного документа для защиты всех лиц от насильственных исчезновений (E/CN.4/2004/59), пункт 91.

⁵¹² См. в общем плане Weissbrodt and Wolfrum. See also ICRC, Customary IHL Database, “Practice relating to Rule 100. Fair trial guarantees”, имеется по адресу www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule100 (приводится национальное законодательство Австралии, Азербайджана, Аргентины, Армении, Афганистана,

но в статье 10 Всеобщей декларации прав человека, которая гласит: «Каждый человек, для определения его прав и обязанностей и для установления обоснованности предъявленного ему уголовного обвинения, имеет право, на основе полного равенства, на то, чтобы его дело было рассмотрено гласно и с соблюдением всех требований справедливости независимым и беспристрастным судом»⁵¹³. Аналогичные положения существуют в региональных декларациях по правам человека, таких как Американская декларация о правах и обязанностях человека⁵¹⁴, Каирская декларация о правах человека в исламе⁵¹⁵ и Хартия Европейского союза по правам человека⁵¹⁶.

182. В пункте 1 статьи 14 Международного пакта о гражданских и политических правах также определено это конкретное правило, поскольку в нем, в частности, заявлено, что каждый имеет право «на справедливое и публичное разбирательство дела компетентным, независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона» (статья 14, пункт 1). Аналогичным образом, это право также предусматривается в региональных договорах по правам человека, таких как Европейская конвенция о защите прав человека и основных

Бангладеш, Беларуси, Бельгии, Болгарии, Боливарианской Республики Венесуэла, Боснии и Герцеговины, Ботсваны, Бурунди, Вануату, Венгрии, Германии, Грузии, Дании, Демократической Республики Конго, Зимбабве, Израиля, Индии, Иордании, Ирака, Ирландии, Испании, Камбоджи, Канады, Кении, Кипра, Китая, Колумбии, Конго, Литвы, Люксембурга, Малави, Малайзии, Мали, Маврикия, Нигера, Нигерии, Нидерландов, Никарагуа, Новой Зеландии, Норвегии, Островов Кука, Папуа — Новой Гвинеи, Перу, Польши, Республики Корея, Республики Молдова, Руанды, Румынии, Сейшельских Островов, Сенегала, Сербии, Сингапура, Словении, Сомали, Соединенного Королевства, Соединенных Штатов Америки, Судана, Таджикистана, Таиланда, Уганды, Уругвая, Финляндии, Франции, Хорватии, Шри-Ланки, Эстонии, Эфиопии, Югославии и Южной Африки).

⁵¹³ Резолюция 217 А (III) Генеральной Ассамблеи от 10 декабря 1948 года.

⁵¹⁴ Принята на девятой Международной конференции американских государств, состоявшейся в Боготе в 1948 году, *International Conferences of American States, Second Supplement, 1942–1954*, Washington, D.C., Pan American Union, 1958, p. 262, art. XVIII («Право на справедливое судебное разбирательство: Каждый человек может обращаться в суды для обеспечения уважения его законных прав. Кроме того, он должен иметь доступ к простой, короткой процедуре, посредством которой суды будут охранять его от действий властей, которые в ущерб ему нарушают любые основополагающие конституционные права»); и art. XXVI («Право на надлежащую правовую процедуру: Каждый обвиняемый считается невиновным, пока не будет доказана его вина. Каждый человек, обвиняемый в совершении преступления, имеет право на беспристрастное и публичное слушание и право быть судимым в судах, созданных ранее в соответствии с уже существовавшими законами, и не подвергаться жестокому, позорящему или необычному наказанию»).

⁵¹⁵ Принята на Исламской конференции министров иностранных дел, состоявшейся в Каире 31 июля — 5 августа 1990 года. Английский перевод имеется в документе Status of preparation of publication, studies and documents for the World Conference on Human Rights, note by the Secretariat, addendum: Contribution of the Organisation of the Islamic Conference (A/CONF.157/PC/62/Add.18). Статья 19(e) гласит: «Подсудимый невиновен, пока его вина не доказана в ходе справедливого судебного разбирательства, в котором ему предоставляются все гарантии защиты».

⁵¹⁶ Статья 47 («Право на эффективные средства правовой защиты и на справедливое судебное разбирательство: Каждое лицо, чьи права и свободы, гарантированные законодательством Союза, нарушены, имеет право на эффективные средства правовой защиты перед трибуналом в соответствии с условиями, изложенными в настоящей статье. Каждое лицо имеет право на справедливое и публичное слушание его дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, ранее созданным на основании закона»).

свобод⁵¹⁷, Американская конвенция по правам человека: «Пакт Сан-Хосе, Коста-Рика» (статья 8), Африканская хартия прав человека и народов (статья 7) и Арабская хартия по правам человека⁵¹⁸.

183. Комитет по правам человека счел это право на справедливое судебное разбирательство «важнейшим элементом защиты прав человека» и «одним из процессуальных средств обеспечения верховенства закона»⁵¹⁹. В 2007 году в своем замечании общего порядка № 32 Комитет, в частности, заявил:

18. Используемое в пункте 1 статьи 14 понятие «суд» означает — независимо от его наименования — орган, который создан на основании закона, является независимым от исполнительной и законодательной ветвей власти или пользуется в конкретных случаях судебной независимостью в принятии решений по правовым вопросам в разбирательствах, являющихся судебными по своему характеру. Второе предложение пункта 1 статьи 14 гарантирует доступ в такие суды всем лицам, которым предъявляются уголовные обвинения. Это право не подлежит никаким ограничениям, и признание виновным любого лица органом, не являющимся судом, несовместимо с данным положением...

19. Требование, касающееся компетентности, независимости и беспристрастности суда, по смыслу пункта 1 статьи 14 является абсолютным правом, которое не подлежит никаким изъятиям. Требование независимости относится, в частности, к порядку и условиям назначения судей и гарантиям их несменяемости до достижения установленного законом возраста выхода в отставку или же истечения срока их полномочий в тех случаях, когда такие сроки предусмотрены, условиям, регулирующим продвижение по службе, перевод, приостановление их деятельности и прекращение их функций, и фактической независимости судей от политического вмешательства со стороны органов исполнительной и законодательной власти. Государства должны принимать конкретные меры, гарантирующие независимость судебной системы, обеспечивающие защиту судей от любых форм политического вмешательства в процесс принятия ими решений, с помощью конституционных гарантий или принятия законов, устанавливающих четкие процедуры и объективные критерии назначения, выплаты вознаграждения, сохранения занимаемой должности, продвижения по службе, приостановления и прекращения полномочий членов судейского корпуса и применяемых по отношению к ним дисциплинарных санкций...

...

21. Требование беспристрастности имеет два аспекта. Во-первых, судьи не должны допускать, чтобы их решения принимались под воздействием личной заинтересованности в исходе дела или предубеждения, и не испытывать предвзятости в отношении рассматриваемого ими конкретного дела и не действовать таким образом, чтобы это неоправданно способствовало интересам одной из сторон в ущерб для другой стороны. Во-вторых, суд обязан также представлять как беспристрастный в глазах разумно-

⁵¹⁷ Статья 6 («Право на справедливое судебное разбирательство»). Что касается анализа предусмотренного в Конвенции права на справедливое судебное разбирательство, см. *Golder v. United Kingdom, Application no. 4451/70, Judgment of 21 February 1975*, European Court of Human Rights, *Judgments and Decisions: Series A*, vol. 18, para. 28.

⁵¹⁸ Принята в мае 2004 года в Тунисе на 16-м Саммите Лиги арабских государств (английский вариант см. *Boston University International Law Journal*, vol. 24, No. 2 (2006), p. 147). В пункте 1 статьи 13 предусмотрено следующее: «Каждый имеет право на справедливое судебное разбирательство, в котором обеспечиваются достаточные гарантии и которое проводится компетентным, независимым и беспристрастным трибуналом, созданным на основании закона, при вынесении суждения об основаниях для уголовных обвинений, выдвинутых против него, или при определении его прав и обязанностей».

⁵¹⁹ Комитет по правам человека, Замечание общего порядка № 32 (CCPR/C/GC/32), пункт 2. См. также Baïr, p. 56.

го наблюдателя. Например, процесс, на ход которого в значительной степени влияет заинтересованность судьи, который в соответствии с внутренними законами должен был бы быть дисквалифицирован, обычно не может считаться беспристрастным.

...

25. Понятие справедливого судебного разбирательства включает гарантию справедливого и публичного разбирательства. Справедливость судебного разбирательства предполагает отсутствие любого прямого или непрямого влияния, давления или запугивания или вмешательства любой из сторон и по любым мотивам. Слушание дела в суде является несправедливым, если, например, подсудимый в рамках уголовного процесса сталкивается с выражением враждебности со стороны публики или поддержкой одной из сторон в зале заседания, к которым суд относится с терпимостью, нарушая тем самым право на защиту, или же подвергается другим проявлениям враждебности со сходными последствиями.

...

28. Все судебные разбирательства по уголовным делам или же в каком-либо гражданском процессе в принципе должны проводиться устно и быть открытыми для публики. Публичность слушаний обеспечивает транспарентность судопроизводства и тем самым служит важной гарантией интересов отдельных лиц и общества в целом⁵²⁰.

184. Право подсудимого на справедливое судебное разбирательство также четко признается в уставах многих международных уголовных трибуналов. Так, Нюрнбергский устав включал такое право (статья 16), которое было подтверждено в принятых Комиссией в 1950 году «Принципах международного права, признанных статутом Нюрнбергского трибунала и нашедших выражение в решении этого Трибунала»⁵²¹. Аналогичным образом, право на справедливое судебное разбирательство фигурирует в Уставе Международного трибунала по бывшей Югославии⁵²², Уставе Международного уголовного трибунала по Руанде⁵²³ и Римском статуте Международного уголовного суда (статья 67, пункт 1). То же самое касается документов, регулирующих деятельность Специального суда по Сьерра-Леоне⁵²⁴, Специального трибунала по Ливану⁵²⁵, чрезвычайных палат в судах Камбоджи⁵²⁶, Верховного иракского уголовного

⁵²⁰ Комитет по правам человека, Замечание общего порядка № 32 (CCPR/C/GC/32), пункты 18–19, 21, 25 и 28. Различные решения Комитета по петициям также проливают свет на мнение Комитета в отношении смысла пункта 1 статьи 14. См., например, *Gridin v. Russian Federation*, Communication No. 770/1997, Views of the Human Rights Committee (CCPR/C/69/D/770/1997 (2000)), para. 8.2. Что касается научных комментариев, см. Bossuyt, p. 284.

⁵²¹ *Yearbook ... 1950*, vol. II, p. 375 (принцип V предусматривает: «Каждое лицо, обвиняемое в международно-правовом преступлении, имеет право на справедливое рассмотрение дела на основе фактов и права».).

⁵²² Обновленный устав Международного трибунала по бывшей Югославии (см. сноску 99 выше), статья 21, пункт 2.

⁵²³ Устав Международного уголовного трибунала по Руанде (см. сноску 100 выше), статья 20, пункт 2.

⁵²⁴ Устав Специального суда по Сьерра-Леоне (см. сноску 101 выше), статья 17, пункт 2.

⁵²⁵ Устав Специального трибунала по Ливану (см. сноску 170 выше), статья 16, пункт 2.

⁵²⁶ Закон об учреждении чрезвычайных палат в судах Камбоджи для преследования за преступления, совершенные в период Демократической Кампучии (см. сноску 103 выше), статья 33 новая.

трибунала⁵²⁷ и Чрезвычайных африканских палат в рамках сенегальской судебной системы⁵²⁸.

185. Можно отметить, что пункт 1(d) статьи 3, общей для Женевских конвенций о защите жертв войны, запрещает «осуждение ... без предварительного судебного решения, вынесенного надлежащим образом учрежденным судом, при наличии судебных гарантий, признанных необходимыми цивилизованными нациями», а Женевская конвенция об обращении с военнопленными (статья 130), Женевская конвенция о защите гражданского населения во время войны (статья 147) и Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (статья 85, пункт 4(e)) считают серьезным нарушением лишение пользующегося защитой лица права на беспристрастное судопроизводство в условиях международного вооруженного конфликта. Это также числится в качестве военного преступления в Уставе Международного трибунала по бывшей Югославии⁵²⁹, Уставе Международного уголовного трибунала по Руанде⁵³⁰ и Римском статуте Международного уголовного суда (статья 8, пункты 2(a)(vi) и (c)(iv)).

186. Как было отмечено ранее, большинство договоров, касающихся преступлений или конкретных видов нарушений прав человека, таких как пытки, не повторяют множество мер защиты для предполагаемого преступника, а вместо этого содержат широкое обязательство относительно того, чтобы государства-участники обеспечивали «справедливое обращение» с предполагаемым преступником на всех этапах судопроизводства. Это обязательство понимается как включающее гарантию того, что предполагаемому преступнику будет обеспечено справедливое судебное разбирательство. Однако в некоторых договорах соответствующее положение также самостоятельно освещает право на справедливое судебное разбирательство перед компетентным, независимым и беспристрастным судом или трибуналом.

187. Так, Конвенция о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала упоминает как «справедливое обращение», так и «справедливый судебный процесс» (статья 17). Аналогичным образом, во Втором протоколе к Гаагской конвенции о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта указывается, что «любому лицу, в отношении которого в связи с Конвенцией или настоящим Протоколом проводится разбирательство, гарантируется справедливое обращение *и справедливое разбирательство* в соответствии с внутренним и международным правом на всех стадиях разбирательства и таким лицам ни в коем случае не предоставляются гарантии, менее благоприятные, чем те, которые предусмотрены международным правом» (статья 17, пункт 2). Аналогичным образом, Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений дополняет обычную гарантию «справедливого обращения» еще одним предложением,

⁵²⁷ Statute of the Iraqi Special Tribunal (см. сноску 104 выше), art. 20.

⁵²⁸ Statute of the Extraordinary African Chambers within the courts of Senegal created to prosecute international crimes committed in Chad between 7 June 1982 and 1 December 1990 (см. сноску 105 выше), art. 21, para. 2.

⁵²⁹ Обновленный устав Международного трибунала по бывшей Югославии (см. сноску 99 выше), статья 2(f).

⁵³⁰ Устав Международного уголовного трибунала по Руанде (см. сноску 100 выше), статья 4(g)).

которое — в пункте 3 статьи 11 — гласит: «Любое лицо, привлеченное к суду за совершение преступления насильственного исчезновения, имеет право на справедливое разбирательство дела компетентным, независимым и беспристрастным судом или трибуналом, созданным на основании закона». Хотя некоторые делегации в ходе переговоров по этой Конвенции полагали данное второе предложение ненужным, несколько других делегаций считали важным подтвердить это конкретное право⁵³¹.

188. В своем замечании № 32 Комитет по правам человека также затронул вопрос о том, может ли справедливое судебное разбирательство включать судебное разбирательство посредством использования военных судов. В пункте 22 он заявил:

Положения статьи 14 применяются ко всем судам и трибуналам, на которые распространяется действие этой статьи, будь то обычные или специализированные суды, суды гражданские или военные. Комитет отмечает наличие во многих странах военных или специальных судов, которые разбирают дела гражданских лиц. Хотя в Пакте и не запрещено разбирательство дел гражданских лиц в военных или специальных судах, в соответствии с Пактом такие судебные процессы должны полностью соответствовать требованиям статьи 14, и устанавливаемые ею гарантии не могут ограничиваться или изменяться исходя из военного или специального характера соответствующего суда. Комитет отмечает также, что разбирательство дел гражданских лиц в военных или специальных судах может вызывать серьезные проблемы, в том что касается справедливого, беспристрастного и независимого отправления правосудия. Важно поэтому принимать все необходимые меры для обеспечения того, чтобы такие судебные разбирательства проводились при соблюдении условий, действительно обеспечивающих полное соблюдение гарантий, предусмотренных в статье 14. Разбирательство дел гражданских лиц военными или специальными судами должно быть исключительным по своему характеру, т.е. ограничиваться случаями, когда государство-участник может показать, что обращение к таким судебным разбирательствам необходимо и оправдано серьезными причинами, и в тех случаях, когда применительно к конкретной категории лиц и правонарушений обычные гражданские суды оказываются не в состоянии провести судебное разбирательство⁵³².

189. Подобно Международному пакту о гражданских и политических правах, практически все договоры, касающиеся преступлений или конкретных видов нарушений прав человека в рамках национальной правовой системы, не запрещают использование военных судов для привлечения предполагаемых преступников к судебной ответственности. Единственным исключением является Межамериканская конвенция о насильственном исчезновении лиц, в которой содержится такое запрещение⁵³³. Объяснение этого запрещения, возможно, связано с конкретным преступлением насильственного исчезновения, которое, как было сказано Межамериканским судом по правам человека в 2009 году, «нельзя рассматривать как законное и приемлемое средство выполнения той или иной военной задачи»⁵³⁴. В Декларации Организации Объединенных Наций о

⁵³¹ Комиссия по правам человека, Доклад Межсессионной рабочей группы открытого состава по разработке проекта юридически обязательного нормативного документа о защите всех лиц от насильственных исчезновений (E/CN.4/2004/59), пункт 95.

⁵³² Комитет по правам человека, Замечание общего порядка № 32 (CCPR/C/GC/32), пункт 22.

⁵³³ Статья IX. По состоянию на сентябрь 2015 года участниками этой Конвенции являются 15 государств.

⁵³⁴ *Radilla-Pacheco v. Mexico*, Case No. 777/01, Judgment of 23 November 2009, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 209, para. 227.

защите всех лиц от насильственных исчезновений 1992 года, которая оказала влияние на Межамериканскую конвенцию 1994 года, предусмотрено, что дела предполагаемых преступников «рассматриваются только в компетентных обычных судах каждого государства, а не в каких-либо других специальных трибуналах, в частности военных судах»⁵³⁵. Но даже при этом такой запрет не был включен в Международную конвенцию для защиты всех лиц от насильственных исчезновений, и он не фигурирует ни в каком ином глобальном договоре, включая Конвенцию против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания⁵³⁶. По сути дела, в докладе Международной комиссии юристов за 2004 год было установлено следующее: «За исключением Декларации о защите всех лиц от насильственных исчезновений и Межамериканской конвенции о насильственных исчезновениях, в международном праве прав человека нет никаких конкретных норм, ни договорного, ни декларативного характера, касающихся воинских преступлений, военной юрисдикции или военной «юстиции»»⁵³⁷.

190. Помимо того, в докладе Международной комиссии юристов — в рамках обследования национальных законов по всему миру⁵³⁸ — было отмечено, что «военная юрисдикция и «военная юстиция» существуют в качестве институтов во многих странах. Во многих частях мира также сохраняется обычная практика, согласно которой военнослужащие, совершившие нарушения прав человека, привлекаются к ответственности в военных судах»⁵³⁹. В то же время Международная комиссия юристов обнаружила в рамках национальных правовых систем «тенденции» в направлении либо упразднения, либо, по крайней мере, реформирования военных судов, например посредством укрепления роли гражданских судей в военных судах, приведения их процедур в соответствие с правилами процедуры, используемыми в обычных судах, или исключения использования военных судов для привлечения к ответственности гражданских лиц⁵⁴⁰. Действуя в том же духе, Комиссия Организации Объединенных Наций

⁵³⁵ Декларация о защите всех лиц от насильственных исчезновений, резолюция 47/133 Генеральной Ассамблеи от 18 декабря 1992 года, статья 16, пункт 2.

⁵³⁶ В то же время в докладе независимого эксперта по обновленному своду принципов борьбы с безнаказанностью, содержавшем обновленный свод принципов защиты и поощрения прав человека посредством борьбы с безнаказанностью от 2005 года (E/CN.4/2005/102/Add.1), фигурировало в качестве принципа 29 ограничение юрисдикции военных судов, которая должна распространяться «лишь на специфически воинские правонарушения, совершенные военнослужащими, за исключением нарушений прав человека», однако этот свод принципов не был принят Комиссией по правам человека.

⁵³⁷ International Commission of Jurists, p. 17.

⁵³⁸ Ibid., pp. 169-378 (анализируются законы 30 государств).

⁵³⁹ Ibid., p. 158.

⁵⁴⁰ Ibid., pp. 158-64. Что касается примеров существующих в Латинской Америке конституционных ограничений в отношении использования военных судов, сводящих их юрисдикцию исключительно к преступлениям воинского характера (и исключаящих международные преступления), см. Plurinational State of Bolivia: Nueva Constitución Política del Estado (2009), article 180, paragraph III («Обычная юрисдикция не будет признавать каких-либо особых компетенций, привилегий или трибуналов. Военная юрисдикция будет судить за воинские по своему характеру преступления, регулируемые законом»); Constitución de la República del Ecuador, 2008, article 160 («Дела членов вооруженных сил и национальной полиции будут рассматриваться органами судебной власти; в случае преступлений, совершенных в рамках выполнения своей конкретной задачи, они будут рассматриваться судами, специализирующимися в военных и полицейских вопросах и принадлежащими к той же судебной власти. Дисциплинарные

по правам человека в 2006 году рассмотрела и одобрила проект основных принципов отправления правосудия военными трибуналами («принципы Деко») ⁵⁴¹, в которых излагались различные способы реформирования военных судов. В частности, в принципах Деко было предусмотрено, что «военные судебные органы в принципе не должны обладать компетенцией рассматривать дела гражданских лиц» ⁵⁴² и что «при любых обстоятельствах компетенция военных судов должна уступать место компетенции обычных судов при расследовании дел о серьезных нарушениях прав человека, таких, как внесудебные казни, насильственные исчезновения, пытки, и уголовном преследовании и осуждении лиц, совершивших эти преступления» ⁵⁴³. Аналогичным образом, несмотря на отсутствие в Международной конвенции для защиты всех лиц от насильственных исчезновений запрета в отношении использования военных судов, Комитет по насильственным исчезновениям заявил в 2015 году: «Принимая в расчет положения Конвенции и прогрессивное развитие международного права, с тем чтобы обеспечить согласованность при осуществлении международных стандартов, Комитет вновь подтверждает, что военная юрисдикция должна быть исключена по делам о грубых нарушениях прав человека, включая насильственные исчезновения» ⁵⁴⁴.

191. Некоторые национальные законы, которые конкретно касаются преступлений против человечности, исключают использование военных судов для уголовного преследования предполагаемых преступников ⁵⁴⁵. Обеспокоенность по поводу использования военных судов в основном сводится к обоснованности уголовного преследования за грубые нарушения прав человека в таких судах (как и в случае насильственных исчезновений в связи с Международной конвенцией для защиты всех лиц от насильственных исчезновений) ⁵⁴⁶, к правам и

нарушения будут рассматриваться компетентными органами, установленными законом»); Constitución de la República de El Salvador (1983) (as amended), article 216(3) («Военной юрисдикцией пользуются члены вооруженных сил, находящиеся на действительной военной службе, в связи с чисто воинскими преступлениями и правонарушениями»); Constitución Nacional [Paraguay], 1992, article 174 («Военные трибуналы будут судить только за воинские преступления или правонарушения, квалифицируемые в качестве таковых законом и совершаемые военнослужащими, проходящими действительную военную службу. Их приговоры могут обжаловаться в органах обычного правосудия»). См. также International Commission of Jurists, pp. 164–168.

⁵⁴¹ Доклад, представленный Специальными докладчиками Подкомиссии по поощрению и защите прав человека Эммануэлем Деко Комиссии Организации Объединенных Наций по правам человека (E/CN.4/2006/58).

⁵⁴² Там же, принцип 5.

⁵⁴³ Там же, принцип 9.

⁵⁴⁴ Доклад Комитета по насильственным исчезновениям о работе его восьмой сессии (A/70/56), приложение III, пункт 10.

⁵⁴⁵ См., например, Uruguay, Law No. 18.026 of 25 September 2006, article 11 («Преступления и правонарушения, квалифицируемые в настоящем законе, не могут рассматриваться как совершенные в порядке осуществления военных обязанностей и не рассматриваются в качестве воинских преступлений, и военная юрисдикция для судебного разбирательства по таким делам исключается»).

⁵⁴⁶ См., например, Рассмотрение докладов, представленных государствами-участниками в соответствии со статьей 19 Конвенции. Заключительные замечания Комитета против пыток, Колумбия (CAT/C/COL/CO/4), пункт 16 («Государству-участнику следует немедленно положить конец таким преступлениям и полностью выполнить свое обязательство обеспечить беспристрастное расследование тяжких нарушений прав человека обычными судебными органами, включая наказание виновных. Тяжесть и

мерам защиты, применяемым в отношении лиц, которые предстают перед военными судами, к использованию таких судов для уголовного преследования лиц, помимо военнослужащих соответствующего государства⁵⁴⁷, или к проблемам, связанным с системой военной юстиции в конкретных государствах. В то же время такие реформы обычно не затрагивают способность осуществлять уголовное преследование военнослужащих в военных судах за «воинские преступления», особенно те, которые совершаются во время вооруженного конфликта.

192. Хотя такие изменения на национальном и международном уровнях по-прежнему происходят, они, возможно, наводят на мысль о формирующейся точке зрения, согласно которой гарантия «справедливого судебного разбирательства» означает, что военный суд, трибунал или комиссия не должны использоваться для суда над лицами, которые предположительно совершили преступления против человечности, если только предполагаемый преступник не является членом вооруженных сил и преступление не было совершено в связи с вооруженным конфликтом.

С. Полная защита прав человека

193. Помимо обеспечения предполагаемому преступнику справедливого обращения в ходе любого производства или принимаемых против него или нее мер и, в частности, обеспечения ему или ей справедливого судебного разбирательства, предполагаемый преступник также имеет право на более широкие меры защиты, которые всегда существуют в отношении его прав человека. Такие права изложены в широком круге положений, содержащихся в глобальных договорах по правам человека, таких как Международный пакт о гражданских и политических правах, и в различных региональных договорах по правам человека⁵⁴⁸, и они также рассматриваются в других документах⁵⁴⁹.

характер этих преступлений явно свидетельствуют о том, что они выходят за рамки юрисдикции военной юстиции»; и Amnesty International, р. 218 (призыв к использованию военных судов только для привлечения к ответственности военнослужащих за нарушения воинской дисциплины, а не за какие-либо преступления согласно международному праву, включая военные преступления и преступления против человечности).

⁵⁴⁷ См., например, Рассмотрение докладов, представленных государствами-участниками в соответствии со статьей 40 Пакта. Заключительные замечания Комитета по правам человека, Чили (CCPR/C/79/Add.104), пункт 9 (рекомендация о том, чтобы законодательство Чили было «изменено, с тем чтобы ограничить юрисдикцию военных судов судебным разбирательством только в отношении военнослужащих, обвиняемых в преступлениях исключительно воинского характера»); *Durand and Ugarte v. Peru, Judgment of 16 August 2000*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 68, para. 117; *Mapiripán Massacre v. Colombia, Judgment of 15 September 2005*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 122, para. 202; и Поощрение и защита всех прав человека, гражданских, политических, экономических, социальных и культурных прав, включая право на развитие, Доклад Рабочей группы по произвольным задержаниям, Добавление — Миссия в Экваториальную Гвинею (A/HRC/7/4/Add.3), пункт 100(f).

⁵⁴⁸ См. сноски 517–518 выше, Американская конвенция по правам человека: «Пакт Сан-Хосе, Коста-Рика» (статья 8) и Африканская хартия прав человека и народов (статья 7).

⁵⁴⁹ См., например, Всеобщая декларация прав человека, резолюция 217 А (III) Генеральной Ассамблеи от 10 декабря 1948 года; Американская декларация о правах и обязанностях человека (см. сноску 514 выше); Каирская декларация о правах человека в исламе (см. сноску 515 выше); и Хартия Европейского союза по правам человека.

194. С учетом той возможности, что предполагаемый преступник может быть взят под стражу и может быть подвергнут допросу, особого упоминания заслуживают обязательства государств согласно Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания. Конвенция, среди прочего, предусматривает: «Каждое Государство-участник предпринимает эффективные законодательные, административные, судебные и другие меры для предупреждения актов пыток на любой территории под его юрисдикцией» (статья 2, пункт 1). Помимо этого, Конвенция предусматривает: «Каждое Государство-участник обязуется предотвращать на любой территории, находящейся под его юрисдикцией, другие акты жестокого, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения и наказания, которые не подпадают под определение пытки ... когда такие акты совершаются государственным должностным лицом или иным лицом, выступающим в официальном качестве, или по их подстрекательству, или с их ведома или молчаливого согласия» (статья 16, пункт 1).

195. Несомненно, что именно по этой причине договоры, касающиеся преступлений, часто включают в положение о «справедливом обращении» некоторые дополнительные ссылки на «полную защиту его прав»⁵⁵⁰, «пользование всеми правами и гарантиями, предусмотренными законодательством государства, на территории которого оно находится»⁵⁵¹, «пользование всеми правами и гарантиями в соответствии с законодательством государства, на территории которого это лицо находится, и применимыми положениями международного права, включая положения о правах человека»⁵⁵², либо схожие формулировки.

D. Сношение с государством гражданства или другим соответствующим государством

196. Если то или иное государство берет под стражу предполагаемого преступника, который не имеет гражданства этого государства, предполагаемый преступник может пожелать связаться с представителем своего государства, в частности консульскими должностными лицами, которые могут содействовать в различных вопросах, включая заключение соглашения с адвокатом и перевод. В пункте 1(b) статьи 36 Венской конвенции о консульских сношениях 1963 года предусмотрено:

компетентные органы государства пребывания должны безотлагательно уведомлять консульское учреждение представляемого государства о том, что в пределах его консульского округа какой-либо гражданин этого государства арестован, заключен в тюрьму или взят под стражу в ожидании судебного разбирательства или же задержан в каком-либо порядке, если этот гражданин этого потребует. Все сообщения, адресуемые этому консульскому учреждению лицом, находящимся под арестом, в тюрьме, под стражей или задержанным, также безотлагательно передаются этими органами консульскому учреждению. Указанные органы должны безотлагательно сообщать этому лицу о правах, которые оно имеет согласно настоящему подпункту.

⁵⁵⁰ Конвенция о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала, статья 17.

⁵⁵¹ Международная конвенция о борьбе с захватом заложников, статья 8, пункт 2.

⁵⁵² Международная конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом, статья 14.

197. Кроме того, в пункте 1(с) статьи 36 предусмотрено, в частности, что «консульские должностные лица имеют право посещать гражданина представляемого государства, который находится в тюрьме, под стражей или задержан, для беседы с ним, а также имеют право переписки с ним и принимать меры к обеспечению ему юридического представительства»⁵⁵³.

198. Когда Комиссия разрабатывала проект статьи, в которой, в конечном итоге, содержатся эти положения, она делала это на основе существующей консульской практики, сформировавшейся на основе двусторонних соглашений и норм обычного международного права. По состоянию на 2015 год, 177 государств являются сторонами Венской конвенции о консульских сношениях. Более того, многие государства включают сопоставимые положения в свои двусторонние соглашения⁵⁵⁴. Даже при отсутствии какого-то договора «практика государств показывает, что право дипломатического агента или консульского должностного лица на беседу с заключенным в тюрьму лицом обычно признается»⁵⁵⁵. Дело обстоит так потому, что «предельно ясно», что любой отказ в этом праве на консультацию «был бы нарушением принципов международного права и поэтому был бы противоправным»⁵⁵⁶.

199. Несмотря на широкое присоединение к Венской конвенции о консульских сношениях и существование сопоставимых положений в других договорах и в обычном международном праве, договоры, касающиеся преступлений, обычно повторяют, что предполагаемый преступник имеет право сноситься со своим государством гражданства (либо, если речь идет о лице без гражданства, с государством, в котором он обычно проживает или которое в силу иных оснований готово защищать его права) и право на посещение представителем такого государства. Хотя в Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него и в Женевских конвенциях о защите жертв войны положения такого рода нет, многие современные договоры содержат его, как то: Конвенция о борьбе с незаконным захватом воздушных судов (статья 6); Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации (статья 6, пункт 3); Конвенция о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов (статья 6, пункт 2); Международная конвенция о борьбе с захватом заложников (статья 6, пункт 3); Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (статья 6, пункт 3); Конвенция о безопасности персонала Ор-

⁵⁵³ См. также Lambert, pp. 180–181.

⁵⁵⁴ См., например, Consular Convention between the Socialist Republic of Vietnam and the People's Republic of China, signed at Beijing on 19 October 1998, S.S. No. 5 TO Gazette No. 37/2001, art. 39, имеется по адресу www.doj.gov.hk/lawdoc/bilateral/cavietnam_e.pdf. В отношении 39 двусторонних соглашений между Соединенным Королевством и другими государствами см. Police and Criminal Evidence Act 1984, Code C: Code of Practice for the detention, treatment and questioning of persons by police officers, Annex F — Countries with which bilateral consular conventions or agreements requiring notification of the arrest and detention of their nationals are in force as at 1 April 2003, имеется по адресу www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/117588/pace-code-c.pdf. Что касается 59 двусторонних соглашений между Соединенными Штатами и другими государствами, см. Department of Homeland Security, Bureau of Immigration and Customs Enforcement, 8 CFR Part 236.1(e), *Federal Register*, vol. 72, No. 10 (17 January 2007).

⁵⁵⁵ Sen, p. 372.

⁵⁵⁶ *Ibid.*; см. также Schwarzenberger, p. 194.

ганизации Объединенных Наций и связанного с ней персонала (статья 17, пункт 2); Международная конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом (статья 7, пункт 3); Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма (статья 9, пункт 3); Конвенция ОАЕ о предупреждении терроризма и борьбе с ним, 1999 год (статья 7, пункт 3); Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений (статья 10, пункт 3); и Конвенция АСЕАН о противодействии терроризму (статья VIII, пункт 4).

200. Комиссия отметила, что обязательство разрешать лицу, находящемуся под стражей, сноситься со своим государством «предназначено для охраны прав предполагаемого преступника»⁵⁵⁷. Более того, авторы объясняли, что право сноситься с консульским представителем служит средством охраны против возможности злоупотребления со стороны государства, позволяя делать вывод о том, «пользуется ли заключенный гуманным обращением и другими процессуальными правами, гарантированными международным правом»⁵⁵⁸.

Е. Проект статьи 10. Справедливое обращение с предполагаемым преступником

201. С учетом этих соображений Специальный докладчик предлагает следующий проект статьи:

Проект статьи 10. Справедливое обращение с предполагаемым преступником

1. Любому лицу, в отношении которого принимаются законные меры в связи с преступлением, упомянутым в пунктах 1 и 2 проекта статьи 5, обеспечивается на всех этапах производства справедливое обращение, включая справедливое судебное разбирательство, и полная защита его прав в соответствии с применимыми нормами национального и международного права, включая право прав человека.

2. Любому такому лицу, взятому под стражу государством, которое не является его государством гражданства:

а) разрешается безотлагательно связаться с ближайшим соответствующим представителем государства или государств, гражданином которого или которых такое лицо является или которое или которые в силу иных оснований правомочны защищать права этого лица, либо, если оно является лицом без гражданства, государства, которое согласно защищать его права по его просьбе;

б) разрешается иметь право на посещение представителем этого государства или этих государств; и

с) безотлагательно предоставляется информация о его правах в соответствии с настоящим подпунктом.

⁵⁵⁷ См. Lambert, р. 177 (ссылается на *Ежегодник ... 1972 год*, том II, стр. 318).

⁵⁵⁸ *Ibid.*

Глава VII

Будущая программа работы

202. Последующая программа работы по этой теме будет предназначена для членов Комиссии, выбранных на пятилетний период 2017–2021 годов. Возможный график предусматривал бы представление в 2017 году третьего доклада, который может быть посвящен таким вопросам, как права и обязанности, применимые к выдаче предполагаемого преступника; права и обязанности, применимые к оказанию взаимной правовой помощи в связи с производством по уголовным делам; обязательство невыдворения в определенных обстоятельствах; механизмы урегулирования споров и мониторинга; и недопущение коллизии с такими договорами, как Римский статут Международного уголовного суда.

203. В четвертом докладе, подлежащем представлению в 2018 году, могут быть рассмотрены все дальнейшие вопросы, а также проект преамбулы и проекты заключительных статей конвенции.

204. Если такой график будет соблюдаться, ожидается, что первое чтение всего набора проектов статей можно будет завершить к 2018 году, а второе чтение — к 2020 году.

Приложение I

Проекты статей, принятые в предварительном порядке Комиссией на ее шестьдесят седьмой сессии¹

Статья 1. *Сфера охвата*

Настоящие проекты статей применяются к предотвращению и наказанию преступлений против человечности.

Статья 2. *Общее обязательство*

Преступления против человечности независимо от того, совершены они во время вооруженного конфликта или нет, являются преступлениями по международному праву, которые государства обязуются предотвращать и наказывать.

Статья 3. *Определение преступлений против человечности*

1. Для цели настоящих проектов статей «преступление против человечности» означает любое из следующих деяний, когда они совершаются в рамках широкомасштабного или систематического нападения на любых гражданских лиц, если такое нападение совершается сознательно:

- a) убийство;
- b) истребление;
- c) порабощение;
- d) депортация или насильственное перемещение населения;
- e) заключение в тюрьму или другое жестокое лишение физической свободы в нарушение основополагающих норм международного права;
- f) пытки;
- g) изнасилование, обращение в сексуальное рабство, принуждение к проституции, принудительная беременность, принудительная стерилизация или любые другие формы сексуального насилия сопоставимой тяжести;
- h) преследование любой идентифицируемой группы или общности по политическим, расовым, национальным, этническим, культурным, религиозным, гендерным, как это определяется в пункте 3, или другим мотивам, которые повсеместно признаны недопустимыми согласно международному праву, в связи с любыми деяниями, указанными в настоящем пункте, или в связи с преступлением геноцида или военными преступлениями;
- i) насильственное исчезновение людей;
- j) преступление апартеида;
- k) другие бесчеловечные деяния аналогичного характера, заключающиеся в умышленном причинении сильных страданий или серьезных телесных

¹ См. Ежегодник ... 2015 год, том II (Часть вторая), пункт 116.

повреждений либо серьезного ущерба психическому или физическому здоровью.

2. Для цели пункта 1:

а) «нападение на любых гражданских лиц» означает линию поведения, заключающуюся в многократном совершении деяний, указанных в пункте 1, против любых гражданских лиц, предпринимаемых в целях проведения политики государства или организации, направленной на совершение такого нападения, или в целях содействия такой политике;

б) «истребление» включает умышленное создание условий жизни, в частности лишение доступа к продуктам питания и лекарствам, рассчитанных на то, чтобы уничтожить часть населения;

с) «порабощение» означает осуществление любого или всех правомочий, связанных с правом собственности в отношении личности, и включает в себя осуществление таких правомочий в ходе торговли людьми, и в частности женщинами и детьми;

д) «депортация или насильственное перемещение населения» означает насильственное перемещение лиц из района, в котором они законно находятся, путем выселения или других принудительных действий, при отсутствии оснований, допускаемых международным правом;

е) «пытки» означают умышленное причинение сильной боли или страданий, будь то физических или психических, лицу, находящемуся под стражей или под контролем обвиняемого; но пытками не считается боль или страдания, которые возникают лишь в результате законных санкций, неотделимы от этих санкций или вызываются ими случайно;

ф) «принудительная беременность» означает незаконное лишение свободы какой-либо женщины, которая стала беременной в принудительном порядке, с целью изменения этнического состава какого-либо населения или совершения иных серьезных нарушений международного права. Это определение ни в коем случае не истолковывается как затрагивающее национальное законодательство, касающееся беременности;

г) «преследование» означает умышленное и серьезное лишение основных прав вопреки международному праву по признаку принадлежности к определенной группе или общности;

h) «преступление апартеида» означает бесчеловечные действия, аналогичные по своему характеру тем, которые указаны в пункте 1, совершаемые в контексте институционализированного режима систематического угнетения и господства одной расовой группы над другой расовой группой или группами и совершаемые с целью сохранения такого режима;

i) «насильственное исчезновение людей» означает арест, задержание или похищение людей государством или политической организацией или с их разрешения, при их поддержке или с их согласия, при последующем отказе признать такое лишение свободы или сообщить о судьбе или местонахождении этих людей с целью лишения их защиты со стороны закона в течение длительного периода времени.

3. Для цели настоящих проектов статей 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.

4. Настоящий проект статьи не затрагивает никакого более широкого определения, содержащегося в любом международном инструменте или национальном праве.

Статья 4. Обязательство предотвращения

1. Каждое государство обязуется предотвращать преступления против человечности в соответствии с международным правом, в том числе посредством:

а) эффективных законодательных, административных, судебных или других мер предотвращения на любой территории, находящейся под его юрисдикцией или контролем; и

б) сотрудничества с другими государствами, соответствующими межправительственными организациями, а также, в соответствующих случаях, другими организациями.

2. Никакие исключительные обстоятельства, такие как вооруженный конфликт, внутренняя политическая нестабильность или другое чрезвычайное положение, не могут служить оправданием преступлений против человечности².

² Вопрос о месте этого пункта будет рассмотрен на более позднем этапе.

Приложение II

Проекты статей, предлагаемые во втором докладе

Проект статьи 5. *Криминализация согласно национальному законодательству*

1. Каждое государство принимает необходимые меры для обеспечения того, чтобы нижеследующие деяния были преступлениями согласно его уголовному праву: совершение преступления против человечности; покушение на совершение такого преступления; и отдача приказа, предложение, побуждение, пособничество, подстрекательство или содействие либо способствование иным образом совершению или покушению на совершение такого преступления.

2. Каждое государство также принимает необходимые меры для обеспечения того, чтобы нижеследующие деяния были преступлениями согласно его уголовному праву:

а) военный командир или лицо, эффективно действующее в качестве военного командира, подлежит уголовной ответственности за преступления против человечности, совершенные силами, находящимися под его эффективным командованием и контролем либо, в зависимости от обстоятельств, под его эффективной властью и контролем, в результате неосуществления им контроля надлежащим образом над такими силами, когда:

- i) такой военный командир или такое лицо либо знало, либо, в сложившихся на тот момент обстоятельствах, должно было знать, что эти силы совершали или намеревались совершить такие преступления; и
- ii) такой военный командир или такое лицо не приняло всех необходимых и разумных мер в рамках его полномочий для предотвращения или пресечения их совершения либо для передачи данного вопроса в компетентные органы для расследования и уголовного преследования.

б) Применительно к отношениям начальника и подчиненного, не описанным в пункте (а), начальник подлежит уголовной ответственности за преступления против человечности, совершенные подчиненными, находящимися под его эффективной властью и контролем, в результате неосуществления им контроля надлежащим образом над такими подчиненными, когда:

- i) начальник либо знал, либо сознательно проигнорировал информацию, которая явно указывала на то, что подчиненные совершали или намеревались совершить такие преступления;
- ii) преступления затрагивали деятельность, подпадающую под эффективную ответственность и контроль начальника; и
- iii) начальник не принял всех необходимых и разумных мер в рамках его полномочий для предотвращения или пресечения их совершения либо для передачи данного вопроса в компетентные органы для расследования и уголовного преследования.

3. Каждое государство принимает также необходимые меры для обеспечения того, чтобы:

а) тот факт, что преступление, о котором идет речь в настоящем проекте статьи, было совершено по приказу начальника, будь то военного или гражданского, не является основанием для исключения уголовной ответственности подчиненного;

б) в отношении преступления, о котором идет речь в настоящем проекте статьи, не устанавливается никакой срок давности; и

с) в отношении преступления, о котором идет речь в настоящем проекте статьи, устанавливаются соответствующие наказания, учитывающие их тяжкий характер.

Проект статьи 6. Установление национальной юрисдикции

1. Каждое государство принимает необходимые меры для установления его юрисдикции в отношении преступлений, указанных в пунктах 1 и 2 проекта статьи 5, когда:

а) преступление совершено на любой территории, находящейся под его юрисдикцией или под его контролем, либо на борту морского или воздушного судна, зарегистрированного в данном государстве;

б) предполагаемый преступник является одним из его граждан; и

с) жертва является одним из его граждан, и данное государство считает это целесообразным.

2. Каждое государство также принимает необходимые меры для установления его юрисдикции в отношении преступлений, указанных в пунктах 1 и 2 проекта статьи 5, когда предполагаемый преступник находится на любой территории под его юрисдикцией или его контролем, если только оно не выдает или не передает это лицо в соответствии с пунктом 1 проекта статьи 9.

3. Без ущерба для применимых норм международного права настоящий проект статьи не исключает возможности установления государством другой уголовной юрисдикции в соответствии с его национальным законодательством.

Проект статьи 7. Общее расследование и сотрудничество в целях выявления предполагаемых преступников

1. Каждое государство обеспечивает, чтобы его компетентные органы проводили быстрое и беспристрастное расследование, когда имеются основания полагать, что преступление против человечности было совершено или совершается на любой территории, находящейся под его юрисдикцией или контролем.

2. Если государство определяет, что преступление против человечности совершается или совершено, государство сообщает, по мере целесообразности, общие результаты этого расследования любому другому государству, когда есть основания полагать, что граждане этого другого государства участвовали или участвуют в этом преступлении. Вслед за этим это другое государство проводит быстрое и беспристрастное расследование данного дела.

3. Все государства сотрудничают, по мере целесообразности, в деле установления личности и места нахождения лиц, которые, возможно, совершили преступление, упомянутое в пунктах 1 или 2 проекта статьи 5.

Проект статьи 8. Осуществление национальной юрисдикции в условиях пребывания предполагаемого преступника

1. Если то или иное государство достает или получает информацию, указывающую на то, что какое-либо лицо, находящееся на территории под его юрисдикцией или контролем, возможно, совершило преступление, упомянутое в пунктах 1 или 2 проекта статьи 5, это государство незамедлительно проводит предварительное расследование для установления соответствующих фактов в отношении этого лица.

2. Если обстоятельства требуют этого, государство заключает это лицо под стражу или принимает такие другие законные меры, которые необходимы для обеспечения его присутствия при расследовании и в ходе уголовного разбирательства и процедуры выдачи или передачи в распоряжение. Содержание под стражей и другие законные меры должны быть такими, какие предусмотрены в законодательстве этого государства, но они должны соответствовать нормам международного права и применяться только в течение такого времени, которое считается разумным.

3. Государство уведомляет государства, упомянутые в пункте 1 проекта статьи 6, об общих результатах своего предварительного расследования, об обстоятельствах, оправдывающих любое содержание под стражей, и о том, намеревается ли оно представить это дело своим компетентным властям для целей уголовного преследования.

Проект статьи 9. *Aut dedere aut judicare*

1. Если лицо, предположительно совершившее преступление, упоминаемое в пунктах 1 и 2 проекта статьи 5, обнаружено на любой территории под юрисдикцией или контролем того или иного государства, это государство передает дело своим компетентным властям в целях судебного преследования, если только оно не выдает или не передает это лицо другому государству или компетентному международному уголовному трибуналу.

2. Если государство передает дело своим компетентным властям в целях судебного преследования, эти власти решают, возбуждать ли и как возбуждать судебное преследование, таким же образом, как и в случае любого обычного преступления серьезного характера в соответствии с законодательством этого государства.

Проект статьи 10. *Справедливое обращение с предполагаемым преступником*

1. Любому лицу, в отношении которого принимаются законные меры в связи с преступлением, упомянутым в пунктах 1 и 2 проекта статьи 5, обеспечивается на всех этапах производства справедливое обращение, включая справедливое судебное разбирательство, и полная защита его прав в соответствии с применимыми нормами национального и международного права, включая право прав человека.

2. Любому такому лицу, взятому под стражу государством, которое не является его государством гражданства:

- а) разрешается безотлагательно связаться с ближайшим соответствующим представителем государства или государств, гражданином которого или которых такое лицо является или которое или которые в силу иных оснований правомочны защищать права этого лица, либо, если оно является лицом без гражданства, государства, которое согласно защищать его права по его просьбе;
 - б) разрешается иметь право на посещение представителем этого государства или этих государств; и
 - с) безотлагательно предоставляется информация о его правах в соответствии с настоящим подпунктом.
-