Глава VII

ПРЕСТУПЛЕНИЯ ПРОТИВ ЧЕЛОВЕЧНОСТИ

A. Введение

77. Комиссия решила включить тему «Преступления против человечности» в свою программу работы на своей шестьдесят шестой сессии (2014 год) и назначила г-на Шона Д. Мерфи Специальным докладчиком по ней[1023]. Впоследствии Генеральная Ассамблея в пункте 7 своей резолюции 69/118 от 10 декабря 2014 года приняла к сведению решение Комиссии включить тему в ее программу работы.

78. На своей шестьдесят седьмой сессии (2015 год) Комиссия рассмотрела первый доклад Специального докладчика[1024] и приняла в предварительном порядке четыре проекта статей вместе с комментариями к ним[1025]. Она также просила Секретариат подготовить меморандум с информацией о существующих договорных режимах контроля за соблюдением, которая могла бы быть полезна для ее будущей работы над данной темой[1026].

B. Рассмотрение темы на настоящей сессии

79. На настоящей сессии на рассмотрении Комиссии находился второй доклад Специального докладчика (A/CN.4/690), а также меморандум Секретариата с информацией о существующих договорных контрольных механизмах, которая может иметь отношение к будущей работе Комиссии международного права (A/CN.4/698), которые были рассмотрены на ее 3296–3301-м заседаниях, состоявшихся в период с 11 по 19 мая 2016 года.

80. В своем втором докладе Специальный докладчик рассмотрел вопросы криминализации по национальному праву (гл. I); установления национальной юрисдикции (гл. II); общего расследования и сотрудничества в целях выявления предполагаемых правонарушителей (гл. III); осуществления национальной юрисдикции в случае присутствия предполагаемого правонарушителя (гл. IV); aut dedere aut judicare (гл. V); справедливого обращения с предполагаемым правонарушителем (гл. VI); а также будущую программу работы по данной теме (гл. VII). Специальный докладчик предложил шесть проектов статей по вопросам, затрагиваемым соответственно в главах I–VI[1027].

81. На своем 3301-м заседании 19 мая 2016 года Комиссия передала проекты статей 5–10, содержащиеся во втором докладе Специального докладчика, в Редакционный комитет. Она также просила Редакционный комитет рассмотреть вопрос об уголовной ответственности юридических лиц на основе концептуального документа, который будет подготовлен Специальным докладчиком.

82. На своих 3312-м и 3325-м заседаниях 9 июня и 21 июля 2016 года соответственно Комиссия рассмотрела два доклада Редакционного комитета и приняла в предварительном порядке проекты статей 5–10 (см. разд. C.1 ниже).

83. На своем 3341-м заседании 9 августа 2016 года Комиссия приняла комментарии к проектам статей, принятым в предварительном порядке на текущей сессии (см. разд. C.2 ниже).

C. Текст проектов статей о преступлениях против человечности, в предварительном порядке принятых Комиссией к настоящему времени

1. Текст проектов статей

84. Текст проектов статей, в предварительном порядке принятых Комиссией к настоящему времени, приводится ниже.

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:

[1023] *Ежегодник… 2014 год*, т. II (часть вторая), с. 201, п. 266.

[1024] *Ежегодник… 2015 год*, т. II (часть первая), документ A/CN.4/680.

[1025] Там же, т. II (часть вторая), с. 38 и далее, пп. 110–117.

[1026] Там же, с. 38, п. 115.

[1027] Проект статьи 5 (Криминализация по национальному законодательству); проект статьи 6 (Установление национальной юрисдикции); проект статьи 7 (Общее расследование и сотрудничество в целях выявления предполагаемых правонарушителей); проект статьи 8 (Осуществление национальной юрисдикции в случае присутствия предполагаемого правонарушителя); проект статьи 9 (Aut dedere aut judicare); и проект статьи 10 (Справедливое обращение с предполагаемым правонарушителем).

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) пытка;

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 по 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 повреждений либо серьезного ущерба психическому или физическому здоровью.

2. Для цели пункта 1:

a) «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;

b) «истребление» включает умышленное создание условий жизни, в частности лишение доступа к продуктам питания и лекарствам, рассчитанных на то, чтобы уничтожить часть населения;

c) «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;

d) «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;

e) «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;

f) «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;

g) «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:

a) эффективных законодательных, административных, судебных или других мер предотвращения на любой территории под его юрисдикцией или контролем; и

b) 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 человечности[1028].

Статья 5. Криминализация по национальному праву

1. Каждое государство принимает необходимые меры для обеспечения того, чтобы преступления против человечности представляли собой правонарушения по его уголовному праву.

2. Каждое государство принимает необходимые меры для обеспечения того, чтобы нижеследующие деяния являлись правонарушениями по его уголовному праву:

a) совершение преступления против человечности;

b) покушение на совершение такого преступления; и

c) отдача приказа, поощрение, побуждение, пособничество, подстрекательство или иное содействие либо способствование совершению или покушению на совершение такого преступления.

3. Каждое государство также принимает необходимые меры для обеспечения того, чтобы нижеследующее являлось правонарушениями по его уголовному праву:

a) военный командир или лицо, эффективно действующее в качестве военного командира, подлежит уголовной ответственности за преступления против человечности,

[1028] Вопрос о месте этого пункта в проекте будет рассмотрен позднее.

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 знали, либо, в сложившихся на тот момент обстоятельствах, должны были знать, что эти силы совершали или намеревались совершить такие преступления; и

ii) такой военный командир или такое лицо не приняли всех необходимых и разумных мер в рамках их 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 подпункте *a*), 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.

4. Каждое государство принимает необходимые меры для обеспечения того, чтобы по его уголовному праву тот факт, что правонарушение, о котором идет речь в настоящем проекте статьи, было совершено по приказу правительства или начальника, будь то военного или гражданского, не являлся основанием для исключения уголовной ответственности подчиненного.

5. Каждое государство принимает необходимые меры для обеспечения того, чтобы по его уголовному праву к правонарушениям, указанным в настоящем проекте статьи, не применялся никакой срок давности.

6. Каждое государство принимает необходимые меры для обеспечения того, чтобы по его уголовному праву правонарушения, указанные в настоящем проекте статьи, наказывались надлежащими санкциями, учитывающими их тяжкий характер.

7. При условии соблюдения положений своего национального права каждое государство в соответствующих случаях принимает меры по установлению ответственности юридических лиц за правонарушения, упомянутые в настоящем проекте статьи. При условии соблюдения правовых принципов государства эта ответственность юридических лиц может быть уголовной, гражданской или административной.

Статья 6. Установление национальной юрисдикции

1. Каждое государство принимает необходимые меры для установления его юрисдикции в отношении правонарушений, указанных в проекте статьи 5, в следующих случаях:

a) когда правонарушение совершено на любой территории под его юрисдикцией или на борту морского или воздушного судна, зарегистрированного в данном государстве;

b) когда предполагаемый правонарушитель является гражданином данного государства или, если данное государство считает это целесообразным, лицом без гражданства, постоянно проживающим на территории данного государства;

c) когда жертва является гражданином данного государства и если данное государство считает это целесообразным.

2. Каждое государство также принимает необходимые меры для установления его юрисдикции над правонарушениями, указанными в проекте статьи 5, в случаях, когда предполагаемый правонарушитель находится на любой территории под его юрисдикцией и оно не выдает и не передает это лицо в соответствии с настоящими проектами статей.

3. Настоящие проекты статей не исключают осуществление любой уголовной юрисдикции, установленной государством в соответствии с его национальным правом.

Статья 7. Расследование

Каждое государство обеспечивает, чтобы его компетентные органы проводили быстрое и беспристрастное расследование, когда имеются достаточные основания полагать, что на любой территории под его юрисдикцией совершены или совершаются деяния, представляющие собой преступления против человечности.

Статья 8. Предварительные меры в случае присутствия предполагаемого правонарушителя

1. Убедившись после рассмотрения имеющейся в его распоряжении информации, что обстоятельства того требуют, любое государство, на территории под юрисдикцией которого находится лицо, подозреваемое в совершении любого преступления, указанного в проекте статьи 5, заключает это лицо под стражу или принимает другие законные меры, обеспечивающие его присутствие. Заключение под стражу и другие законные меры соответствуют тому, что предусмотрено правом этого государства, но могут продолжаться только в течение времени, необходимого для того, чтобы сделать возможным возбуждение любого уголовного судопроизводства или судопроизводства о выдаче или передаче.

2. Такое государство немедленно производит предварительное расследование фактов.

3. Когда государство в соответствии с настоящим проектом статьи заключает какое-либо лицо под стражу, оно немедленно уведомляет государства, упомянутые в пункте 1 проекта статьи 6, о факте содержания такого лица под стражей и об обстоятельствах, послуживших основанием для его заключения под стражу. Государство, проводящее предварительное расследование, предусмотренное в пункте 2 настоящего проекта статьи, незамедлительно сообщает о полученных им результатах вышеупомянутым государствам и указывает, намерено ли оно осуществить свою юрисдикцию.

Статья 9. Aut dedere aut judicare

Государство, на территории под юрисдикцией которого находится предполагаемый правонарушитель, передает дело своим компетентным органам для цели преследования, если только оно не выдает или не передает это лицо другому государству или компетентному международному уголовному трибуналу. Эти органы принимают решение таким же образом, как и в случае любого другого правонарушения тяжкого характера по праву этого государства.

Статья 10. Справедливое обращение с предполагаемым правонарушителем

1. Любому лицу, против которого принимаются меры в связи с правонарушением, упомянутым в проекте статьи 5, на всех стадиях судопроизводства гарантируются 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. Любое такое лицо, которое находится в тюрьме, под стражей или подвергается лишению свободы в государстве, которое не является государством его гражданства, имеет 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 этих государств; а также**

***c*) быть безотлагательно проинформированным о его правах в соответствии с настоящим подпунктом.**

3. Права, упомянутые в пункте 2, должны осуществляться в соответствии с законами и подзаконными актами государства, на территории под юрисдикцией которого находится это лицо, при условии, что эти законы и правила должны способствовать полному осуществлению цели, для которой предназначены права, предоставляемые в соответствии с пунктом 2.

2. Текст проектов статей и комментариев к ним, в предварительном порядке принятых Комиссией на ее шестьдесят восьмой сессии

85. Ниже приводится текст проектов статей и комментариев к ним, в предварительном порядке принятых Комиссией на ее шестьдесят восьмой сессии.

ПРЕСТУПЛЕНИЯ ПРОТИВ ЧЕЛОВЕЧНОСТИ

Статья 5. Криминализация по национальному праву

1. Каждое государство принимает необходимые меры для обеспечения того, чтобы преступления против человечности представляли собой правонарушения по его уголовному праву.

2. Каждое государство принимает необходимые меры для обеспечения того, чтобы нижеследующие деяния были правонарушениями по его уголовному праву:

***a*) совершение преступления против человечности;**

***b*) покушение на совершение такого преступления; и**

***c*) отдача приказа, поощрение, побуждение, пособничество, подстрекательство или иное содействие либо способствование совершению или покушению на совершение такого преступления.**

3. Каждое государство также принимает необходимые меры для обеспечения того, чтобы нижеследующее являлось правонарушениями по его уголовному праву:

a) 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 знали, либо, в сложившихся на тот момент обстоятельствах, должны были знать, что эти силы совершали или намеревались совершить такие преступления; и

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

***b*) применительно к отношениям начальника и подчиненного, не описанным в подпункте *a*), 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 преследования.

4. Каждое государство принимает необходимые меры для обеспечения того, чтобы по его уголовному праву тот факт, что правонарушение, о котором идет речь в настоящем проекте статьи, было совершено по приказу правительства или начальника, будь то военного или гражданского, не являлся основанием для исключения уголовной ответственности подчиненного.

5. Каждое государство принимает необходимые меры для обеспечения того, чтобы по его уголовному праву к правонарушениям, указанным в настоящем проекте статьи, не применялся никакой срок давности.

6. Каждое государство принимает необходимые меры для обеспечения того, чтобы по его

уголовному праву правонарушения, указанные в настоящем проекте статьи, наказывались надлежащими санкциями, учитывающими их тяжкий характер.

7. При условии соблюдения положений своего национального права каждое государство в соответствующих случаях принимает меры по установлению ответственности юридических лиц за правонарушения, упомянутые в настоящем проекте статьи. При условии соблюдения правовых принципов государства эта ответственность юридических лиц может быть уголовной, гражданской или административной.

Комментарий

1) В проекте статьи 5 излагаются различные меры, которые каждое государство, в соответствии со своим уголовным правом, должно принимать для обеспечения того, чтобы преступления против человечности представляли собой правонарушения, для исключения использования любых оправданий под предлогом получения приказов вышестоящего начальства или же любого срока давности, а также для установления надлежащих санкций, соразмерных с тяжестью таких преступлений. Меры такого рода крайне важны для надлежащего функционирования последующих проектов статей, касающихся установления и осуществления юрисдикции над предполагаемыми правонарушителями.

Обеспечение того, чтобы «преступления против человечности» представляли собой правонарушения по национальному уголовному праву

2) Международный военный трибунал в Нюрнберге признал важность наказания отдельных лиц, в частности за преступления против человечества, постановив: «Преступления против международного права совершаются людьми, а не абстрактными образованиями, и только наказывая отдельных лиц, которые совершают такие преступления, можно обеспечить соблюдение положений международного права»[1029]. В Принципах международного права, признанных Уставом Нюрнбергского трибунала и нашедших выражение в решении этого Трибунала, разработанных Комиссией в 1950 году, указывается: «Всякое лицо, совершившее какое-либо действие, признаваемое, согласно международному праву, преступлением, несет за него ответственность и подлежит наказанию»[1030]. В преамбуле к Конвенции о неприменимости срока давности к военным преступлениям и преступлениям против человечества 1968 года сказано, 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»[1031]. Преамбула к Римскому статуту Международного уголовного суда (Римский статут) гласит, 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».

3) Законы о преступлениях против человечности, предусматривающие уголовное преследование за такие преступления в рамках национальной системы, были приняты многими государствами. Римский статут придал особый импульс принятию или пересмотру ряда национальных законов о преступлениях против человечности, где такие преступления определяются в точно таких же или аналогичных терминах, что и в определении в статье 7 Статута. В то же время многие государства приняли национальные законы, которые отличаются – и порой существенно отличаются – от определения в статье 7. Между тем существует еще ряд государств, которые вообще не приняли национальных законов о преступлениях против человечности. Как правило, в таких государствах имеются национальные уголовные законы, предусматривающие наказания в той или иной форме за многие отдельные действия, которые при определенных обстоятельствах могут являться преступлениями против человечности, такие как убийство, пытки или изнасилование[1032]. Однако эти государства не криминализировали преступления против человечности как таковые, и эта лакуна может препятствовать уголовному преследованию и наказанию за такие деяния, в том числе такому, какое соизмеримо с тяжестью правонарушения.

4) Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания 1984 года в пункте 1 статьи 4 гласит: «Каждое Государство-участник обеспечивает, чтобы все акты пыток рассматривались в соответствии с его уголовным законодательством». Комитет против пыток подчеркивал важность исполнения такого обязательства, позволяющего избежать возможных расхождений между этим преступлением, как оно определяется в Конвенции, и преступлением, как оно рассматривается в национальном праве:

[1029] Judgment of 30 September 1946 в *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal* (Nuremberg, 14 November 1945–1 October 1946), vol. 22 (1948), p. 466.

[1030] *Ежегодник… 1950 год,* т. II, документ A/1316, часть III, с. 374 англ. текста, п. 97 (принцип 1).

[1031] По состоянию на август 2016 года Конвенция насчитывает 55 сторон.

[1032] См. *Judgment 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, No. ICC-02/11-01/12 OA, 27 May 2015 (установлено, что национальное уголовное преследование за обычные внутригосударственные преступления в виде нарушения общественного порядка, организации вооруженных банд и подрыва государственной безопасности по существу относится не к тем же действиям, которые рассматриваются в случае предполагаемых преступлений против человечности в виде убийства, изнасилования, других бесчеловечных деяний и преследований). URL: www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2015_06088.PDF.

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[1033].

5) Во избежание таких лазеек в отношении преступлений против человечности в пункте 1 проекта статьи 5 указано, что каждое государство принимает необходимые меры для обеспечения того, чтобы преступления против человечности как таковые представляли собой правонарушения по его уголовному праву. Пункты 2 и 3 проекта статьи 5 (которые рассматриваются ниже) далее обязывают государства криминализировать определенные способы возможного участия физических лиц в совершении таких преступлений.

6) Поскольку термин «преступления против человечности» определяется в пунктах 1–3 проекта статьи 3, обязательство, изложенное в пункте 1 проекта статьи 5, предусматривает, что соответствующие этому определению преступления должны представлять собой правонарушения согласно национальным уголовным законам данного государства. Хотя с учетом терминологических или иных особенностей, присущих тому или иному государству, возможны некоторые отклонения от точной формулировки, приведенной в пунктах 1–3 проекта статьи 3, такие отклонения не должны приводить к появлению ограничительных условий или изменений, содержащих значительные отступления от смысла понятия «преступления против человечности», как оно определяется в пунктах 1–3 проекта статьи 3. Тем не менее термин «преступления против человечности», используемый в проекте статьи 5 (и в последующих проектах статей), не включает оговорку «не затрагивает», содержащуюся в пункте 4 проекта статьи 3. В то время как в этой оговорке признается возможность более широкого определения «преступлений против человечности» в каком-либо международном инструменте или национальном законе, для целей настоящих проектов статей определение «преступлений против человечности» ограничивается пунктами 1–3 проекта статьи 3.

7) Как и Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, многие договоры в области международного гуманитарного права, прав человека и международного уголовного права требуют, чтобы государство-участник признало запрещенное деяние «правонарушением» или «наказуемым» по национальному праву, хотя точная формулировка этого обязательства варьируется[1034]. Некоторые договоры, например Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него 1948 года[1035] и Женевские конвенции о защите жертв войны[1036], содержат обязательство о принятии «законодательства», однако Комиссия считает, что пункт 1 проекта статьи 5 целесообразно составить по образцу международных договоров более позднего времени, таких как Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания.

Совершение, покушение на совершение, содействие или участие в преступлении против человечности

8) В пункте 2 проекта статьи 5 указано, что каждое государство принимает необходимые меры для обеспечения того, чтобы нижеследующие деяния являлись правонарушениями по его уголовному праву: совершение преступления против человечности; покушение на совершение такого преступления; и отдача приказа, побуждение, принуждение, пособничество, подстрекательство либо иное содействие или участие в совершении или покушении на совершение такого преступления.

9) В контексте преступлений против человечности обзор как международных инструментов, так и национальных законов наводит на мысль о том, что в них рассматриваются различные типы (или виды) индивидуальной уголовной ответственности. Во-первых, во всех юрисдикциях, криминализировавших «преступления против человечности», устанавливается

[1033] См. Комитет против пыток, замечание общего порядка № 2 (2007), п. 9, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Дополнение № 44* (A/63/44), приложение VI; см. также Комитет против пыток, там же, *пятьдесят восьмая сессия, Дополнение № 44* (A/58/44), гл. III, рассмотрение докладов, представленных государствами-участниками в соответствии со ст. 19 Конвенции, Словения, п. 115 *a*), и Бельгия, п. 130.

[1034] См., например, Конвенцию о борьбе с незаконным захватом воздушных судов, ст. 2; Конвенцию о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов, ст. 2, п. 2; Международную конвенцию о борьбе с захватом заложников, ст. 2; Конвенцию против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, ст. 4; Межамериканскую конвенцию о предупреждении пыток и наказании за них, ст. 6; Конвенцию о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала, ст. 9, п. 2; Межамериканскую конвенцию о насильственных исчезновениях лиц, ст. III; Международную конвенцию о борьбе с бомбовым терроризмом, ст. 4; Международную конвенцию о борьбе с финансированием терроризма, ст. 4; Конвенцию Организации африканского единства о предупреждении терроризма и борьбе с ним, ст. 2 *a*); Протокол о предупреждении и пресечении торговли людьми, особенно женщинами и детьми, и наказании за нее, дополняющий Конвенцию Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности, ст. 5, п. 1; Международную конвенцию для защиты всех лиц от насильственных исчезновений, ст. 7, п. 1; Конвенцию Ассоциации государств Юго-Восточной Азии о противодействии терроризму, ст. IX, п. 1.

[1035] Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него, ст. V.

[1036] Женевская конвенция об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях, ст. 49; Женевская конвенция об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море, ст. 50; Женевская конвенция об обращении с военнопленными, ст. 129; Женевская конвенция о защите гражданского населения во время войны, ст. 146. Комментарий МККК 2016 года к статье 49 (Уголовные наказания) Женевской конвенции об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях, см. URL: www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=3ED0B7D33BF425F3C1257F7D00589C84.

уголовная ответственность в отношении лица, «совершающего» это правонарушение (что в национальном законодательстве иногда называется «непосредственным» совершением или «исполнением» деяния либо совершением деяния «основным исполнителем»). Например, Устав Международного военного трибунала (Нюрнбергский устав) предусматривал юрисдикцию Международного военного трибунала в отношении «лиц, которые, действуя в интересах европейских стран оси индивидуально или в качестве членов организации, совершили любое из следующих преступлений»[1037]. Аналогичным образом уставы Международного трибунала по бывшей Югославии[1038] и Международного уголовного трибунала по Руанде[1039] предусматривают, что лицо, которое «совершало» преступления против человечности, «несет личную ответственность за это преступление». В Римском статуте говорится, 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: *a*) совершает такое преступление индивидуально [или] совместно с другим лицом»[1040]. Аналогично документы, регулирующие деятельность Специального суда по Сьерра-Леоне[1041], специальных коллегий по серьезным преступлениям в Восточном Тиморе[1042], чрезвычайных палат в судах Камбоджи[1043], Верховного уголовного суда Ирака[1044] и чрезвычайных африканских палат в рамках сенегальской судебной системы[1045], все предусматривают уголовную ответственность для лица, которое «совершает» преступления против человечности. Национальные законы, касающиеся преступлений против человечности, неизменно криминализируют «совершение» таких преступлений. Договоры, касающиеся других типов преступлений, также неизменно призывают государства-участники принять национальные законы, запрещающие «совершение» этого правонарушения. Так, Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него 1948 года предусматривает индивидуальную уголовную ответственность за «совершение» геноцида[1046].

10) Во-вторых, все такие национальные или международные юрисдикции также в той или иной степени устанавливают уголовную ответственность и в отношении лица, участвующего в правонарушении каким-либо иным, отличным от его «совершения» образом. Такое поведение может принимать форму «покушения» на совершение правонарушения или действий в роли «соучастника» либо «сообщника» в правонарушении или покушении на правонарушение. Что касается «покушения» на совершение преступления, то уставы Международного трибунала по бывшей Югославии, Международного уголовного трибунала по Руанде и Специального суда по Сьерра-Леоне не содержали никакого положения о такой ответственности. Напротив, Римский статут предусматривает уголовную ответственность для лица, покушающегося на совершение преступления, если оно не отказывается от попытки совершить преступление или иным образом не предотвращает его завершение[1047]. В деле *Банда и Джербо* палата предварительного производства заявила, что уголовная ответственность за покушение «подразумевает, что при обычном ходе событий поведение исполнителя привело [бы] к завершению преступления, если бы не возникли не зависящие от исполнителя обстоятельства»[1048].

11) В-третьих, что касается ответственности «соучастника», то в международных инструментах это

[1037] Соглашение о судебном преследовании и наказании главных военных преступников европейских стран оси, Устав Международного военного трибунала, ст. 6.

[1038] Устав Международного трибунала по бывшей Югославии, утвержденный Советом Безопасности в его резолюции 827 (1993) от 25 мая 1993 года и содержащийся в докладе Генерального секретаря в соответствии с пунктом 2 резолюции 808 (1993) Совета Безопасности (S/25704 и Corr.1 и Add.1), приложение, ст. 7, п. 1.

[1039] Устав Международного уголовного трибунала по Руанде, резолюция 955 (1994) Совета Безопасности от 8 ноября 1994 года, приложение, ст. 6, п. 1.

[1040] Римский статут, ст. 25, пп. 2 и 3 *a*).

[1041] Соглашение между Организацией Объединенных Наций и правительством Сьерра-Леоне об учреждении Специального суда по Сьерра-Леоне (с Уставом (далее «Устав Специального суда по Сьерра-Леоне»)) (Фритаун, 16 января 2002 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 2178, № 38342, p. 137, at p. 147, art. 6, para. 1.

[1042] Временная администрация Организации Объединенных Наций в Восточном Тиморе, постановление № 2000/15 о создании групп, обладающих исключительной юрисдикцией в отношении серьезных уголовных преступлений (UNTAET/REG/2000/15), разд. 5 (далее «Устав Трибунала по Восточному Тимору»).

[1043] Закон об учреждении чрезвычайных палат в судах Камбоджи для преследования за преступления, совершенные в период Демократической Кампучии, 27 октября 2004 года (NS/RKM/1004/006), ст. 5, размещен на веб-сайте чрезвычайных палат в судах Камбоджи: www.eccc.gov.kh, *Legal documents* (далее «Закон об учреждении чрезвычайных палат в судах Камбоджи»). 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 (Пном-Пень, 6 июня 2003 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 2329, No. 41723, p. 117.

[1044] Устав Специального трибунала Ирака, *International Legal Materials*, vol. 43 (2004), p. 231, art. 10 (*b*) (далее «Устав Верховного уголовного суда Ирака»). Временное правительство Ирака в 2005 году ввело в действие новый устав, основанный на ранее принятом уставе, в котором название трибунала было изменено на «Верховный уголовный суд Ирака». См. Law of the Supreme Iraqi Criminal Tribunal, Law No. 10, *Official Gazette of the Republic of Iraq*, vol. 47, No. 4006 (18 October 2005).

[1045] Статут чрезвычайных африканских палат в рамках сенегальской судебной системы, имеющих целью привлечение к уголовной ответственности лиц, совершивших международные преступления на территории Республики Чад в период с 7 июня 1982 года по 1 декабря 1990 года, *International Legal Materials*, vol. 52, No. 4 (2013), p. 1028, at pp. 1028–1029, arts. 4 (*b*) and 6 (2013) (далее «Статут чрезвычайных африканских палат»).

[1046] Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него, ст. III *a*) и IV.

[1047] Римский статут, ст. 25, п. 3 *f*).

[1048] *The Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, 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.

понятие рассматривается с использованием различных терминов, таких как «отдача приказа», «побуждение», «принуждение», «наущение», «стимулирование», «пособничество и подстрекательство», «сговор с целью совершения», «соучастие», «участие» или «совместная преступная деятельность». Так, в Уставе Международного трибунала по бывшей Югославии говорится: «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»[1049], и практически та же формулировка используется в Уставе Международного уголовного трибунала по Руанде[1050]. Оба трибунала осуждали обвиняемых за участие в преступлениях в пределах их соответствующей юрисдикции[1051]. Аналогичным образом инструменты, регулирующие деятельность Специального суда по Сьерра-Леоне[1052], специальных коллегий по серьезным преступлениям в Восточном Тиморе[1053], чрезвычайных палат в судах Камбоджи[1054], Верховного уголовного суда Ирака[1055] и чрезвычайных африканских палат в рамках сенегальской судебной системы[1056], предусматривают уголовную ответственность для лица, которое в той или иной форме участвует в совершении преступлений против человечности.

12) Римский статут предусматривает уголовную ответственность в случае, 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 условиях[1057]. В качестве основы для терминов, употребляемых в пункте 2 проекта статьи 5, Комиссия решила использовать различные термины из Римского статута.

13) В этих различных международных инструментах соответствующие понятия «побуждение», «принуждение» и «пособничество и подстрекательство» к преступлению обычно рассматриваются как включающие в себя планирование, наущение, сговор и, что особенно важно, прямое вовлечение другого лица в совершение действия, представляющего собой правонарушение. Так, в Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него рассматривается не только само по себе совершение геноцида, но и «заговор с целью совершения геноцида», «прямое и публичное подстрекательство к совершению геноцида», «покушение на совершение геноцида» и «соучастие в геноциде»[1058]. Конвенция о неприменимости срока давности к военным преступлениям и преступлениям против человечества прямо предусматривает: «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»[1059].

14) Кроме того, используемое в этих документах понятие «отдача приказа» о преступлении отличается от понятия ответственности «командира» или другого начальника (и в то же время дополняет его). Здесь термин «отдача приказа» относится к уголовной ответственности начальника за отдачу распоряжения о совершении действия, представляющего собой правонарушение. Напротив, понятие ответственности командира или другого начальника относится к уголовной ответственности начальника за бездействие, в особенности в ситуациях, когда начальник знал или имел основания знать, что подчиненные собирались совершить или совершили некие действия, но при этом не принял необходимых и разумных мер для предотвращения таких действий или для наказания исполнителей.

15) В договорах, касающихся преступлений, не являющихся преступлениями против человечности, уголовная ответственность для лиц, участвующих в совершении преступления, обычно устанавливается с использованием общих формулировок, что

[1049] Устав Международного трибунала по бывшей Югославии (см. сноску 1038 выше), ст. 7, п. 1. Такая уголовная ответственность проанализирована в различных решениях Трибунала. См., например, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Chamber, Judgment of 15 July 1999, *Judicial Reports 1999*, p. 3, at p. 189, para. 220 (постановляет, что «понятие общего умысла в качестве одного из видов ответственности сообщника твердо закреплено в международном обычном праве»).

[1050] Устав Международного уголовного трибунала по Руанде (см. сноску 1039 выше), ст. 6, п. 1.

[1051] См., например, *The Prosecutor v. Anto Furundžija*, Case No. IT-95-17/1-T, International Tribunal for the Former Yugoslavia, Trial Chamber, Judgment of 10 December 1998, *Judicial Reports 1998*, vol. 1, p. 467, at p. 631, para. 246 (заключение, что, «если ему известно о том, что одно из ряда преступлений, вероятно, будет совершено и одно из них действительно совершается, значит, он намеревался способствовать совершению этого преступления и виновен как пособник и подстрекатель).

[1052] Устав Специального суда по Сьерра-Леоне (см. сноску 1041 выше), ст. 6, п. 1.

[1053] Устав Трибунала по Восточному Тимору (см. сноску 1042 выше), разд. 14.

[1054] Закон об учреждении чрезвычайных палат в судах Камбоджи (см. сноску 1043 выше), ст. 29.

[1055] Устав Верховного уголовного суда Ирака (см. сноску 1044 выше), ст. 15.

[1056] Статут чрезвычайных африканских палат (см. сноску 1045 выше), ст. 10.

[1057] Римский статут, ст. 25, п. 3 *a*)–*d*).

[1058] Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него, ст. III *b*)–*e*).

[1059] Конвенция о неприменимости срока давности к военным преступлениям и преступлениям против человечества, ст. II.

не требует от государств изменения предпочтительных терминов или методов, закрепившихся в национальном праве. Иными словами, в таких договорах используются общие термины, а не подробные формулировки, поэтому государства могут изложить все подробности, касающиеся уголовной ответственности, в рамках имеющихся национальных статутов, судебной практики и правовой традиции. Например, Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений 2006 года содержит обобщенную формулировку: «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»[1060]. Таким же образом сформулирован и пункт 2 проекта статьи 5.

Ответственность командиров или других начальников

16) В пункте 3 проекта статьи 5 рассматривается вопрос об ответственности командиров или других вышестоящих начальников. В целом этот пункт предусматривает, что начальники несут уголовную ответственность за преступления против человечности, совершенные их подчиненными, в условиях, когда начальник нарушает свой служебный долг в отношении действий подчиненных.

17) Международные суды, которые рассматривали преступления против человечности, в определенных обстоятельствах возлагали уголовную ответственность на военачальника или другого вышестоящего руководителя за правонарушение, совершенное подчиненными[1061]. Так, Нюрнбергский трибунал и Международный военный трибунал для Дальнего Востока (Токийский трибунал) использовали принцип ответственности командования в отношении как военного, так и гражданского руководства, и этот подход оказал влияние на более поздние трибуналы[1062]. Как было указано одной из судебных камер Международного уголовного трибунала по Руанде в деле *Обвинитель против Альфреда Мусемы*, «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, облеченным как военной, так и гражданской властью, то важно отметить, что в ходе токийского процесса гражданские власти были осуждены за военные преступления на основании этого принципа»[1063].

18) Устав Международного трибунала по бывшей Югославии гласит, 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 совершивших их лиц»[1064]. Несколько обвиняемых были осуждены Международным трибуналом по бывшей Югославии на этом основании[1065]. Та же формулировка фигурирует в Уставе Международного уголовного трибунала по Руанде[1066], который также осудил несколько обвиняемых на таком основании[1067]. Аналогичные формулировки содержатся в уставных документах Специального суда по Сьерра-Леоне[1068], Специального трибунала по Ливану[1069], специальных коллегий по тяжким преступлениям в Восточном Тиморе[1070], чрезвычайных палат в судах Камбоджи[1071], Верховного уголовного суда Ирака[1072] и чрезвычайных африканских палат в рамках сенегальской судебной системы[1073].

19) В статье 28 Римского статута содержится детальная норма, согласно которой уголовная ответственность применяется к военному командиру или лицу, эффективно действующему в качестве

[1060] Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений, ст. 6, п. 1 *a*).

[1061] См., например, *United States of America v. Wilhelm von Leeb, et al.* (“The High Command Case”), *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals*, vol. XI (Washington, D.C., United States Government Printing Office, 1950), pp. 543–544.

[1062] *Ibid*.; см. также M. Cherif Bassiouni (ed.), *International Criminal Law,* 3rd ed., vol. III: *International Enforcement* (Leiden, Martinus Nijhoff, 2008), p. 461, и Kevin Jon Heller, *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law* (Oxford, Oxford University Press, 2011), pp. 262–263.

[1063] См. *The Prosecutor v. Alfred Musema*, Case No. ICTR-96-13-T, International Criminal Tribunal for Rwanda, Trial Chamber I, judgment and sentence of 27 January 2000, *Reports of Orders, Decisions and Judgements 2000*, vol. II, p. 1512, at p. 1562, para. 132.

[1064] Устав Международного трибунала по бывшей Югославии (см. сноску 1038 выше), ст. 7, п. 3.

[1065] См., например, *The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, Case No. IT-95-14/1-T, International Tribunal for the Former Yugoslavia, Trial Chamber, judgment of 25 June 1999, *Judicial Reports 1999*, p. 513, at pp. 565–573, paras. 66–77; *The Prosecutor v. Zejnil Delalić et al*., Case No. IT-96-21-T, International Tribunal for the Former Yugoslavia, Trial Chamber, judgment of 16 November 1998, *Judicial Reports 1998*, vol. II, p. 95, at pp. 1201–1255 and 1385–1523, paras. 330–400 and 605–810.

[1066] Устав Международного уголовного трибунала по Руанде (см. сноску 1039 выше), ст. 6, п. 3.

[1067] См. *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, International Criminal Tribunal for Rwanda, Trial Chamber I, Judgment of 2 September 1998, *Reports of Orders, Decisions and Judgements 1998*, vol. I, p. 44; *The Prosecutor v. Jean Kambanda*, Case No. ICTR-97-23-S, International Criminal Tribunal for Rwanda, Trial Chamber I, judgment and sentence of 4 September 1998, *ibid*., vol. II, p. 780.

[1068] Устав Специального суда по Сьерра-Леоне (см. сноску 1041 выше), ст. 6, п. 3.

[1069] Устав Специального трибунала по Ливану, резолюция 1757 (2007) Совета Безопасности от 30 мая 2007 года (с приложением и добавлением), ст. 3, п. 2.

[1070] Устав Трибунала по Восточному Тимору (см. сноску 1042 выше), разд. 16.

[1071] Закон об учреждении чрезвычайных палат в судах Камбоджи (см. сноску 1043 выше), ст. 29.

[1072] Устав Верховного уголовного суда Ирака (см. сноску 1044 выше), ст. 15.

[1073] Статут чрезвычайных африканских палат (см. сноску 1045 выше), ст. 10.

военного командира, в связи с действиями других лиц[1074]. В общем и целом уголовная ответственность возникает тогда, когда: *a*) существует отношение подчинения; *b*) командир знал или должен был знать, что подчиненные совершают или собираются совершить преступление; и *c*) 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 судебного преследования. Эта норма начала оказывать влияние на развитие теории «ответственности командиров» в национальных правовых системах, причем как в уголовном, так и в гражданском контекстах. В статье 28 также рассматривается вопрос о других «отношениях начальника и подчиненного», возникающих в невоенном или гражданском контексте. Такие начальники включают гражданских лиц, которые «руководят» военной деятельностью, но не «встроены» в нее. Здесь уголовная ответственность возникает, когда: *a*) существует отношение подчинения; *b*) гражданское руководство знало или сознательно проигнорировало информацию в отношении правонарушений; *c*) правонарушения касались деятельности, подпадающей под эффективную ответственность и контроль начальника; и *d*) начальник не принял всех необходимых и разумных мер в рамках своих полномочий для предотвращения или пресечения совершения всех преступлений или для передачи данного вопроса для расследования и преследования.

20) Одна из судебных камер Международного уголовного суда применила настоящую норму при осуждении Жан-Пьера Бембы Гомбо в марте 2016 года за преступления против человечности. Среди прочего судебная камера пришла к выводу о том, что г-н Бемба был лицом, фактически осуществлявшим функции военного командира, который знал, что силы Движения за освобождение Конго, находящиеся под его фактической властью и контролем, совершали или намеревались совершить преступления, в которых он обвиняется. Кроме того, судебная камера пришла к выводу о том, что г-н Бемба не принял всех необходимых и разумных мер для предотвращения или пресечения совершения преступлений его подчиненными в ходе военных операций в 2002 и 2003 годах в Центральноафриканской Республике или для передачи данного вопроса в компетентные органы после того, как преступления были совершены[1075].

21) В национальных законах также содержится этот тип уголовной ответственности за военные преступления, но используются разные стандарты. Кроме того, некоторые государства еще не разработали таких стандартов в отношении преступлений против человечности. По этим причинам Комиссия сочла целесообразным разработать четкий стандарт, с тем чтобы содействовать гармонизации национальных законов, касающихся этого вопроса[1076]. С этой целью пункт 3 проекта статьи 5 сформулирован по образцу нормы, изложенной в Римском статуте.

22) Договоры, касающиеся правонарушений, отличающихся от преступлений против человечности, также часто признают правонарушение в форме ответственности командиров и других вышестоящих начальников[1077].

Приказы вышестоящих начальников

23) В пункте 4 проекта статьи 5 предусматривается, что каждое государство принимает необходимые меры для обеспечения того, чтобы тот факт, что преступление, о котором идет речь в настоящей статье, было совершено по приказу правительства или руководства, будь то военного или гражданского, не являлось основанием для исключения уголовной ответственности подчиненного.

24) Все юрисдикции, занимающиеся преступлениями против человечности, предусматривают основания для исключения уголовной ответственности в той или иной степени. Например, большинство юрисдикций исключают уголовную ответственность, если предполагаемый исполнитель преступления страдает от психического расстройства, мешающего ему осознать неправомерность своего поведения. Некоторые юрисдикции предусматривают, что состояние интоксикации также исключает уголовную ответственность, по крайней мере при некоторых обстоятельствах. Действия, совершенные в порядке самозащиты, также могут исключать ответственность, равно как и принуждение в результате угрозы неминуемого причинения вреда или неминуемой смерти. В некоторых случаях лицо должно достичь определенного возраста, чтобы нести уголовную ответственность. Конкретные основания отличаются от юрисдикции к юрисдикции и в случае национальных систем обычно характеризуют подход этой юрисдикции к уголовной ответственности в целом, а не только к преступлениям против человечности.

25) В то же время большинство юрисдикций, занимающихся преступлениями против человечности, предусматривают, что исполнители таких преступлений не могут ссылаться в свое оправдание на то, что им приказал совершить это преступление

[1074] См., например, *The Prosecutor v. Dario Kordić and Mario Čerkez*, Case No. IT-95-14/2-T, International Tribunal for the Former Yugoslavia, Trial Chamber, Judgment of 26 February 2001, para. 369.

[1075] *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Case No. ICC-01/05-01/08, International Criminal Court, Trial Chamber III, Judgment of 21 March 2016, paras. 630, 638 and 734.

[1076] См. доклад Комиссии по правам человека о работе ее шестьдесят первой сессии, *Официальные отчеты Экономического и Социального Совета, 2005 год, Дополнение № 3* (E/2005/23–E/CN.4/2005/135), резолюция 2005/81 о безнаказанности от 21 апреля 2005 года, п. 6 (настоятельно призывающий «все государства обеспечить, чтобы все военные командиры или другие вышестоящие начальники были осведомлены об обстоятельствах, в которых они могут нести уголовную ответственность по международному праву за... преступления против человечности… включая… в том числе при некоторых обстоятельствах за такие преступления, совершенные подчиненными, находящимися под их фактической властью и контролем»).

[1077] См., например, Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I), ст. 86, п. 2; Международную конвенцию для защиты всех лиц от насильственных исчезновений, ст. 6, п. 1.

вышестоящий начальник[1078]. Статья 8 Нюрнбергского устава гласит: «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». В соответствии со статьей 8 Международный военный трибунал пришел к выводу о том, что тот факт, что «солдату был отдан приказ убивать или применять пытки в нарушение международных законов войны, так и не был признан в качестве возможного оправдания актов подобной жестокости»[1079]. Аналогичным образом, в статье 6 Устава Токийского трибунала предусмотрено: «Ни служебное положение подсудимого в любой период времени, и 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»[1080].

26) Хотя статья 33 Римского статута допускает ограничение ответственности в силу приказов начальника, она делает это исключительно в отношении военных преступлений; приказы о совершении актов геноцида или преступлений против человечности не подпадают под сферу действия этой оговорки. Учредительные документы Международного трибунала по бывшей Югославии[1081], Международного уголовного трибунала по Руанде[1082], Специального суда по Сьерра-Леоне[1083], Специального трибунала по Ливану[1084], специальных коллегий по серьезным преступлениям в Восточном Тиморе[1085], чрезвычайных палат в судах Камбоджи[1086], Верховного уголовного суда Ирака[1087] и чрезвычайных африканских палат в рамках сенегальской судебной системы[1088] – все одинаково исключают приказы начальника как возможный аргумент защиты. Хотя приказы начальника не допускаются в качестве аргумента защиты при судебном преследовании за совершение преступления, некоторые из международных и национальных юрисдикций, упомянутых выше, разрешают, чтобы приказы начальника были смягчающим вину обстоятельством на этапе постановления приговора[1089].

27) Такое исключение приказов начальника в качестве аргумента защиты существует в целом ряде международных договоров, касающихся преступлений, таких как Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания 1984 года[1090], Межамериканская конвенция о предупреждении пыток и наказании за них 1985 года[1091], Межамериканская конвенция о насильственном исчезновении лиц 1994 года[1092] и Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений 2006 года[1093]. В контексте Конвенции против пыток Комитет против пыток раскритиковал национальное законодательство, которое допускает такой аргумент защиты или не имеет однозначного подхода к этому вопросу[1094]. В некоторых случаях проблема

[1078] См. Комиссию по правам человека, резолюция 2005/81 о безнаказанности (сноска 1076 выше), п. 6 (настоятельно призывающий все государства «обеспечить, чтобы все соответствующие военнослужащие информировались об ограничениях, устанавливаемых международным правом в отношении защиты ссылкой на приказ начальника»).

[1079] *Trial of the Major War Criminals*… (см. сноску 1029 выше), p. 466.

[1080] Устав Международного военного трибунала для Дальнего Востока (Токио, 19 января 1946 года, с поправками, внесенными 26 апреля 1946 года), МИД СССР, *Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами*, выпуск XII, Госполитиздат, М., 1956, с. 79, в особенности с. 81, ст. 6; Charles I. Bevans (ed.), *Treaties and Other International Agreements of the United States of America 1776–1949*, vol. 4 (Washington, D.C., Department of State, 1968), p. 20, at p. 23, art. 6.

[1081] Устав Международного трибунала по бывшей Югославии (см. сноску 1038 выше), ст. 7, п. 4.

[1082] Устав Международного уголовного трибунала по Руанде (см. сноску 1039 выше), ст. 6, п. 4.

[1083] Устав Специального суда по Сьерра-Леоне (см. сноску 1041 выше), ст. 6, п. 4.

[1084] Устав Специального трибунала по Ливану (см. сноску 1069 выше), ст. 3, п. 3.

[1085] Устав Трибунала по Восточному Тимору (см. сноску 1042 выше), разд. 21.

[1086] Закон об учреждении чрезвычайных палат в судах Камбоджи (см. сноску 1043 выше), ст. 29.

[1087] Устав Верховного уголовного суда Ирака (см. сноску 1044 выше), ст. 15.

[1088] Статут чрезвычайных африканских палат (см. сноску 1045 выше), ст. 10, п. 5.

[1089] См., например, Устав Международного трибунала по бывшей Югославии (сноска 1038 выше), ст. 7, п. 4; Устав Международного уголовного трибунала по Руанде (сноска 1039 выше), ст. 6, п. 4; Устав Специального суда по Сьерра-Леоне (сноска 1041 выше), ст. 6, п. 4; Устав Трибунала по Восточному Тимору (сноска 1042 выше), разд. 21.

[1090] Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, ст. 2, п. 3 («Приказ вышестоящего начальника или государственной власти не может служить оправданием пыток»).

[1091] Межамериканская конвенция о предупреждении пыток и наказании за них, ст. 4 («Тот факт, что действие было совершено по приказу начальника, не может освобождать от соответствующей уголовной ответственности»).

[1092] Межамериканская конвенция о насильственном исчезновении лиц, ст. 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»).

[1093] Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений, ст. 6, п. 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. Комиссию 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), п. 72 (см. также Декларацию о защите всех лиц от насильственных исчезновений, резолюция 47/133 Генеральной Ассамблеи от 18 декабря 1992 года, ст. 6).

[1094] Доклад Комитета против пыток, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят первая сессия, Дополнение № 44* (A/61/44), гл. III, рассмотрение докладов, представленных государствами-участниками в соответствии со статьей 19 Конвенции, Гватемала, п. 32.13.

возникает в силу существования в национальном законодательстве государства оправдывающего обстоятельства в форме «должного повиновения»[1095].

Положения о сроке давности

28) Одно возможное ограничение в отношении судебного преследования того или иного лица за преступления против человечности касается применения «срока давности» (или «срока исковой давности»), означающего норму, которая запрещает уголовное преследование предполагаемого преступника за преступление, совершенное раньше, чем конкретно оговоренное количество лет до момента возбуждения преследования. В пункте 5 проекта статьи 5 предусматривается, что каждое государство принимает необходимые меры для обеспечения того, чтобы в отношении преступлений, о которых идет речь в проекте статьи, не устанавливался никакой срок давности.

29) Никакой нормы по сроку давности в отношении международных преступлений, включая преступления против человечности, не было установлено в Уставах Нюренбергского или Токийского трибуналов или в учредительных документах Международного трибунала по бывшей Югославии, Международного уголовного трибунала по Руанде или Специального суда по Сьерра-Леоне. Закон № 10 Контрольного совета, принятый в 1945 году Контрольным советом союзников в Германии для обеспечения непрерывного судебного преследования предполагаемых преступников, напротив, предусматривал, что на любом суде или процессе для преследования за преступления против человечности (а также военные преступления и преступления против мира) «обвиняемый не имеет право пользоваться преимуществами статута, установленного в период с 30 января 1933 года по 1 июля 1945 года»[1096]. Кроме того, этот вопрос прямо затрагивается в Римском статуте, где сказано: «В отношении преступлений, подпадающих под юрисдикцию Суда, не устанавливается никакого срока давности»[1097]. Разработчики Римского статута решительно поддержали это положение применительно к преступлениям против человечности[1098]. Аналогичным образом, Закон об учреждении чрезвычайных палат в судах Камбоджи, Устав Верховного уголовного суда Ирака и Устав Трибунала по Восточному Тимору четко определяли преступления против человечности как преступления, в отношении которых не существует срока давности[1099].

30) Что касается того, может ли срок давности применяться к уголовному преследованию предполагаемого правонарушителя в национальных судах, то в 1967 году Генеральная Ассамблея 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»[1100]. На следующий год государства приняли Конвенцию о неприменимости срока давности к военным преступлениям и преступлениям против человечества, 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 два типа преступлений[1101]. 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[1102]. В то же время представляется, что нет ни одного государства с законом о преступлениях против человечности, которое исключало бы уголовное преследование по истечении определенного периода времени. Напротив, во многих государствах имеются специальные законодательные положения, исключающие любое такое ограничение по времени.

[1095] См., например, доклад Комитета против пыток, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят девятая сессия, Дополнение № 44* (A/59/44), гл. III, рассмотрение докладов, представленных государствами-участниками в соответствии со статьей 19 Конвенции, Чили, п. 56 *i*); см. также там же, *шестидесятая сессия, Дополнение № 44* (A/60/44), гл. III, рассмотрение докладов, представленных государствами-участниками в соответствии со статьей 19 Конвенции, Аргентина, п. 31 *a*) (выражение признательности делегации Аргентины за «заявление о признании полностью недействительными Закона о выполнении приказа начальника»).

[1096] Закон № 10 Контрольного совета о наказании лиц, виновных в военных преступлениях, преступлениях против мира и против человечности, ст. II, п. 5, 20 декабря 1945 года (*Ведомости Контрольного совета в Германии*, 1946, № 3, с. 22, в особенности с. 52).

[1097] Римский статут, ст. 29.

[1098] См. *Официальные отчеты Дипломатической конференции полномочных представителей под эгидой Организации Объединенных Наций по учреждению Международного уголовного суда, Рим, 15 июня – 17 июля 1998 года*, т. II: *Краткие отчеты о пленарных заседаниях и о заседаниях Комитета полного состава* (A/CONF.183/13 (Vol. II), издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.02.I.5), 2-е заседание Комитета полного состава (A/CONF.183/C.1/SR.2), сс. 169–171, пп. 45–74.

[1099] Закон об учреждении чрезвычайных палат в судах Камбоджи (см. сноску 1043 выше), ст. 5; Устав Верховного уголовного суда Ирака (см. сноску 1044 выше), ст. 17 *d*); Устав Трибунала по Восточному Тимору (см. сноску 1042 выше), разд. 17.1; см. также доклад Третьего комитета (A/57/806), п. 10 (судебные процессы над «красными кхмерами») и резолюцию 57/228 B Генеральной Ассамблеи от 13 мая 2003 года. 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 период с 1975 года по 1979 год, когда у власти находились «красные кхмеры».

[1100] Резолюция 2338 (XXII) Генеральной Ассамблеи от 18 декабря 1967 года, озаглавленная «Вопрос о наказании военных преступников и лиц, совершивших преступления против человечества»; см. также резолюцию 2712 (XXV) Генеральной Ассамблеи от 15 декабря 1970 года и резолюцию 2840 (XXVI) Генеральной Ассамблеи от 18 декабря 1971 года.

[1101] Конвенция о неприменимости срока давности к военным преступлениям и преступлениям против человечества, ст. IV.

[1102] Европейская конвенция о неприменимости срока давности к преступлениям против человечества и военным преступлениям, ст. 1.

31) Многие договоры, касающиеся преступлений по национальному праву, отличных от преступлений против человечности, не содержат положений о неприменимости срока давности. Например, Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания не содержит запрета на применение срока давности к пыткам и связанным с ними преступлениям. Несмотря на это, Комитет против пыток заявил, что с учетом тяжкого характера таких преступлений на них не должны распространяться никакие сроки давности[1103]. 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 Пакта[1104]. С другой стороны, вопрос о сроках давности затрагивается в Международной конвенции для защиты всех лиц от насильственных исчезновений, где сказано: «Каждое государство-участник, которое применяет срок давности в отношении актов насильственного исчезновения, принимает необходимые меры к тому, чтобы срок давности в уголовном производстве: *a*) был продолжительным и соразмерным чрезвычайной серьезности этого преступления»[1105]. Подготовительные материалы Конвенции свидетельствуют о том, что цель этого положения заключалась в проведении различия между теми преступлениями, которые могут квалифицироваться как преступления против человечности, для которых не должно быть никакого срока давности, и всеми другими преступлениями, предусмотренными Конвенцией[1106].

Надлежащие санкции

32) В пункте 6 проекта статьи 5 предусматривается, что каждое государство должно обеспечить, чтобы за преступления, о которых идет речь в настоящем проекте статьи, были предусмотрены надлежащие санкции, учитывающие их тяжкий характер.

33) В своем проекте кодекса преступлений против мира и безопасности человечества 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»[1107]. 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»[1108]. 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»[1109].

34) В той степени, в какой международный суд или трибунал обладает юрисдикцией над преступлениями против человечности, меры наказания, назначаемые за такое преступление, могут различаться, однако ожидается, что они будут соответствующими с учетом тяжести правонарушения. 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»[1110]. Более того, Международный трибунал по бывшей Югославии должен «учитывать такие факторы, как тяжесть преступления и конкретные обстоятельства, касающиеся личности подсудимого»[1111]. 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»[1112]. Даже при осуждении за самые серьезные международные преступления, вызывающие озабоченность международного сообщества, это может привести к самым различным приговорам. Римский статут также допускает гибкость подобного рода, предусматривая лишение свободы на срок до 30 лет или пожизненное лишение свободы в тех случаях, «когда это оправдано исключительно тяжким характером преступления и индивидуальными обстоятельствами лица, признанного виновным в его совершении»[1113]. Аналогичные формулировки можно найти в документах, регулирующих деятельность Специального суда по Сьерра-Леоне[1114], Специального трибунала по Ливану[1115], специальных коллегий по серьезным преступлениям в

[1103] См., например, доклад Комитета против пыток, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят вторая сессия, Дополнение № 44* (A/62/44), гл. III, рассмотрение докладов, представленных государствами-участниками в соответствии со статьей 19 Конвенции, Италия, п. 40.19.

[1104] См., например, доклад Комитета по правам человека, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Дополнение № 40* (A/63/40), т. I, гл. IV, рассмотрение докладов, представленных государствами-участниками в соответствии со статьей 40 Пакта, и ситуаций в странах в отсутствие доклада, по итогам которого были приняты ставшие общедоступными заключительные замечания, Панама (разд. A, п. 79), п. 7).

[1105] Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений, ст. 8, п. 1 *a*). Межамериканская конвенция о насильственном исчезновении лиц, напротив, предусматривает, что уголовное преследование и наказание в связи со всеми насильственными исчезновениями не подпадает под срок давности (ст. VII).

[1106] 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) (см. сноску 1093 выше), пп. 43–46 и 56.

[1107] *Ежегодник... 1996 год*, т. II (часть вторая), с. 26, ст. 3.

[1108] Там же, с. 27, п. 3) комментария к ст. 3.

[1109] Там же.

[1110] Устав Международного трибунала по бывшей Югославии (см. сноску 1038 выше), ст. 24, п. 1.

[1111] Там же, ст. 24, п. 2.

[1112] Устав Международного уголовного трибунала по Руанде (см. сноску 1039 выше), ст. 23, п. 1.

[1113] Римский статут, ст. 77, п. 1 *b*).

[1114] Устав Специального суда по Сьерра-Леоне (см. сноску 1041 выше), ст. 19.

[1115] Устав Специального трибунала по Ливану (см. сноску 1069 выше), ст. 24.

Восточном Тиморе[1116], чрезвычайных палат в судах Камбоджи[1117], Верховного уголовного суда Ирака[1118] и чрезвычайных африканских палат в рамках сенегальской судебной системы[1119]. 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.

35) Международные договоры, касающиеся преступлений, не диктуют государствам-участникам, какие наказания назначать (или не назначать), а скорее оставляют определение наказания на усмотрение государств-участников на основе обстоятельств, касающихся конкретного нарушителя или преступления[1120]. Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него просто призывает к тому, чтобы «предусмотреть эффективные меры наказания лиц, виновных в совершении геноцида или других упомянутых… преступлений...»[1121]. Женевские конвенции о защите жертв войны также предусматривают общую норму, но оставляют на усмотрение индивидуальных государств назначение соответствующего наказания, требуя лишь того, чтобы «Высокие Договаривающиеся Стороны [брали] на себя обязательство ввести в действие законодательство, необходимое для обеспечения эффективных уголовных наказаний… [за] те или иные серьезные нарушения настоящей Конвенции...»[1122]. Более поздние договоры, касающиеся преступлений в национальных правовых системах, обычно указывают на то, что наказание должно быть «соответствующим». Хотя Комиссия первоначально предложила термин «меры сурового наказания» для использования в проекте статей о предотвращении и наказании преступлений против дипломатических агентов и других лиц, имеющих право на защиту в соответствии с международным правом, термин «соответствующие наказания» был вместо этого использован государствами в Конвенции 1973 года о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов[1123]. Этот термин стал образцом для последующих договоров. В то же время положение о «соответствующих» санкциях в Конвенции 1973 года сопровождалось формулировкой, требующей, чтобы наказание учитывало «тяжкий характер» преступления. Комиссия прокомментировала, что такая ссылка имеет целью подчеркнуть, что наказание должно учитывать важные «мировые интересы», поставленные на карту при вынесении наказания за такое преступление[1124]. 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 договорах, включая Конвенцию против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания[1125]. В некоторых договорах вопрос о тяжести выражается с использованием таких терминов, как «чрезвычайная серьезность», «серьезный характер» или «чрезвычайная тяжесть» этих преступлений[1126].

Юридические лица

36) Пункты 1–6 проекта статьи 5 касаются уголовной ответственности правонарушителей, которые являются физическими лицами, хотя термин «физические» не используется, что согласуется с подходом, принятым в договорах, касающихся преступлений. Пункт 7, напротив, касается ответственности

[1116] Устав Трибунала по Восточному Тимору (см. сноску 1042 выше), разд. 10.

[1117] Закон об учреждении чрезвычайных палат в судах Камбоджи (см. сноску 1043 выше), ст. 39.

[1118] Устав Верховного уголовного суда Ирака (см. сноску 1044 выше), ст. 24.

[1119] Статут чрезвычайных африканских палат (см. сноску 1045 выше), ст. 24.

[1120] См. 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) (сноска 1093 выше), п. 58 (в этом положении указывается, что «ряд делегаций с удовлетворением отметили "поле для маневра", предоставленное государствам» в этом положении); 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), приложение I (краткие отчеты о 1–19-м заседаниях Комитета), 13-е заседание (15 августа 1977 года), п. 4 (аналогичные комментарии представителя Соединенных Штатов Америки); резолюцию 2005/81 Комиссии по правам человека о безнаказанности (см. сноску 1076 выше), п. 15 (призывающую «все государства… обеспечивать, чтобы меры наказания были соответствующими и соразмерными тяжести совершенного преступления»).

[1121] Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него, ст. V.

[1122] Женевская конвенция об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях, ст. 49; Женевская конвенция об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море, ст. 50; Женевская конвенция об обращении с военнопленными, ст. 129; Женевская конвенция о защите гражданского населения во время войны, ст. 146. См. также комментарий МККК 2016 года к статье 49 Женевской конвенции об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях (сноска 1036 выше), пп. 2838–2846.

[1123] Конвенция о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов, ст. 2, п. 2 («каждое государство-участник предусматривает соответствующие наказания за такие преступления»). Проекты статей, принятые Комиссией на ее двадцать четвертой сессии (1972 год), см. в *Ежегоднике… 1972 год*, т. II, документ A/8710/Rev.1, с. 385, в особенности с. 389, ст. 2, п. 2.

[1124] 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*, т. II, документ A/8710/Rev.1, с. 391, п. 12) комментария к проекту статьи 2.

[1125] Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, ст. 4, п. 2; см. также Конвенцию о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала, ст. 9, п. 2; Международную конвенцию о борьбе с бомбовым терроризмом, ст. 4 *b*); Международную конвенцию о борьбе с финансированием терроризма, ст. 4 *b*); Конвенцию Организации африканского единства о предотвращении терроризма и борьбе с ним, ст. 2 *a*).

[1126] См., например, Международную конвенцию для защиты всех лиц от насильственных исчезновений, ст. 7, п. 1; Межамериканскую конвенцию о предупреждении пыток и наказании за них, ст. 6; Межамериканскую конвенцию о насильственном исчезновении лиц, ст. III.

«юридических лиц» за правонарушения, предусмотренные в проекте статьи 5.

37) Уголовная ответственность юридических лиц в последние годы стала характерной особенностью национальных законов многих государств, однако во многих других государствах о ней по-прежнему мало известно[1127]. В государствах, где эта концепция известна, такая ответственность иногда существует в отношении международных преступлений[1128]. Действия, которые могут привести к такой ответственности, разумеется, совершаются физическими лицами, которые выступают в качестве официальных должностных лиц, руководителей, сотрудников или же занимают какое-либо иное положение или действуют через посредство юридического лица. В государствах, где эта концепция существует, такая ответственность обычно устанавливается, когда соответствующее преступление совершается физическим лицом от имени или в интересах юридического лица.

38) До сих пор уголовная ответственность юридических лиц сколь-либо заметно не фигурировала в международных уголовных судах или трибуналах. В статьях 9 и 10 Устава Нюрнбергского трибунала Международный военный трибунал уполномочивается в ходе суда над каким-либо лицом объявлять любую группу или организацию преступной организацией, что может привести к суду над другими лицами за принадлежность к этой организации. В ходе разбирательств в Трибунале, а также последующих разбирательств в соответствии с Законом № 10 Контрольного совета был указан ряд таких организаций, однако были осуждены и понесли наказание только физические лица[1129]. Международный трибунал по бывшей Югославии и Международный уголовный трибунал по Руанде не имели уголовной юрисдикции в отношении 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 уголовный суд Ирака и чрезвычайные африканские палаты в рамках сенегальской судебной системы. Разработчики Римского статута отметили, что «имеются серьезные расхождения во мнениях относительно целесообразности включения в Статут положения об уголовной ответственности юридических лиц»[1130], и, хотя предложения о включении положения о такой ответственности вносились, в конечном счете в Римском статуте такого положения нет.

39) Ответственность юридических лиц также не была включена во многие договоры, касающиеся преступлений на национальном уровне, в том числе: в Конвенцию о предупреждении преступления геноцида и наказании за него 1948 года; Женевские конвенции о защите жертв войны; Конвенцию о борьбе с незаконным захватом воздушных судов 1970 года; Конвенцию о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов, 1973 года; Конвенцию против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания 1984 года; Международную конвенцию о борьбе с бомбовым терроризмом 1997 года; и Международную конвенцию для защиты всех лиц от насильственных исчезновений 2006 года. В разработанном Комиссией в 1996 году проекте кодекса преступлений рассматривается лишь уголовная ответственность «отдельного лица»[1131].

40) С другой стороны, протокол Африканского союза 2014 года о внесении поправок в Статут Африканского суда по правам человека, хотя еще и не вступил в силу, предоставляет преобразованному Африканскому суду полномочия судить юридических лиц за международные преступления, включая преступления против человечности[1132]. Кроме того, хотя уголовная юрисдикция в отношении юридических лиц (а также в отношении преступлений против человечности) прямо не предусмотрена в Уставе Специального трибунала по Ливану, Апелляционная камера Трибунала пришла в 2014 году к выводу о том, что Трибунал обладает юрисдикцией осуществлять судебное преследование юридического лица за неуважение к суду[1133].

41) Кроме того, существует целый ряд договоров, которые касаются ответственности юридических лиц за уголовные преступления, а именно: Международная конвенция о пресечении преступления

[1127] См., например, *New TV S.A.L. et Karma Mohamed Tahsin Al Khayat*, Case No. STL-14-05/PT/AP/AR126.1, Special Tribunal for Lebanon, Appeals Panel, Decision of 2 October 2014 on interlocutory appeal concerning personal jurisdiction in contempt proceedings, para. 58 («практика в отношении уголовной ответственности корпораций и связанных с этим мер наказания зависит от национальных систем»).

[1128] См., например, Ecuador, Comprehensive Organic Criminal Code, *Official Gazette, Supplement*, vol. I, No. 180, 10 February 2014, art. 90 (Penalty for a legal person), где указывается, что, «когда какое-либо юридическое лицо является ответственным за какое-либо из преступлений, указанных в настоящей статье, оно несет наказание в виде его ликвидации как юридического лица».

[1129] См., например, *United States of America v. Krauch and Others* (“The Farben Case”), *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals*, vols. VII–VIII (Washington, D.C., United States Government Printing Office, 1953 and 1952, respectively).

[1130] *Официальные отчеты Дипломатической конференции полномочных представителей под эгидой Организации Объединенных Наций по учреждению Международного уголовного суда, Рим, 15 июня – 17 июля 1998 года*, т. III: *Доклады и другие документы* (A/CONF.183/13 (Vol. III), доклад Подготовительного комитета по вопросу об учреждении Международного уголовного суда (A/CONF.183/2), проект статута, ст. 23 (Индивидуальная уголовная ответственность), п. 6, сноска 71.

[1131] *Ежегодник… 1996 год*, т. II (часть вторая), с. 21, ст. 2.

[1132] См. Протокол о внесении изменений в Протокол о Статуте Африканского суда по правам человека (Малабский протокол), 27 июня 2014 года, ст. 46C.

[1133] *New TV S.A.L. et Karma Mohamed Tahsin Al Khayat*, Appeals Panel, Decision of 2 October 2014 (см. сноску 1127 выше). В конечном счете Трибунал пришел к выводу о том, что юридическое лицо «Аль-Джадид ТВ» является невиновным. См. *Al Jadeed [Co.] S.A.L./New T.V.S.A.L. (N.T.V.) and Karma Mohamed Tahsin Al Khayat*, Case No. STL-14-05/T/CJ, Special Tribunal for Lebanon, Contempt Judge, Decision of 18 September 2015, para. 55; *Al Jadeed [Co.] S.A.L./New T.V.S.A.L. (N.T.V.) and Karma Mohamed Tahsin Al Khayat*, Case No. STL-14-05/A/AP, Appeals Panel, Decision of 8 March 2016.

апартеида и наказании за него 1973 года[1134]; Базельская конвенция о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением 1989 года[1135]; Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма 1999 года[1136]; Конвенция Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности 2000 года[1137]; Факультативный протокол 2000 года к Конвенции о правах ребенка, касающийся торговли детьми, детской проституции и детской порнографии[1138]; Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции 2003 года[1139]; Протокол 2005 года к Протоколу о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности стационарных платформ, расположенных на континентальном шельфе[1140]; и ряд договоров, заключенных в рамках Совета Европы[1141]. Этот вопрос также затрагивается и в других региональных договорах, главным образом в контексте коррупции[1142]. Такие договоры, как правило, не определяют понятие «юридическое лицо», оставляя национальным правовым системам возможность применять такое определение, которое, как правило, в них действует.

42) Комиссия приняла решение включить положение об ответственности юридических лиц за преступления против человечности с учетом возможного участия юридических лиц в действиях, совершенных в рамках широкомасштабных или систематических нападений, направленных против гражданского населения. При этом она сосредоточила свое внимание на формулировке, широко признаваемой государствами в контексте других преступлений и обеспечивающей государствам значительную гибкость в плане выполнения ими своего обязательства.

43) Формулировка пункта 7 проекта статьи 5 на английском языке основана на формулировке из Факультативного протокола 2000 года к Конвенции о правах ребенка, касающегося торговли детьми, детской проституции и детской порнографии. Факультативный протокол был принят Генеральной Ассамблеей в 2000 году[1143] и вступил в силу в 2002 году. По состоянию на август 2016 года участниками Факультативного протокола являются 173 государства, а еще 9 государств подписали, но еще не ратифицировали его. В пункте 1 статьи 3 Факультативного протокола предусмотрено обязательство для государств-участников обеспечить, чтобы определенные деяния были охвачены его криминальным или уголовным правом, такие как торговля детьми для целей сексуальной эксплуатации или предложение ребенка для целей проституции. Далее пункт 4 статьи 3 гласит: «С учетом положений своего национального законодательства каждое государство-участник в соответствующих случаях принимает меры по установлению ответственности юридических лиц за преступления, предусмотренные в пункте 1 настоящей статьи. С учетом правовых принципов государства-участника эта ответственность юридических лиц может быть уголовной, гражданской или административной».

44) В пункте 7 проекта статьи 5 используется та же формулировка за исключением того, что «государство-участник» заменено на «государство», а «преступления, предусмотренные в пункте 1 настоящей статьи» заменено на «правонарушения, предусмотренные в настоящем проекте статьи». Таким образом, в пункте 7 на государство возлагается обязательство, согласно которому оно «принимает меры», что означает, что оно должно осуществлять такие меры добросовестно. В то же время пункт 7 предоставляет государству значительную гибкость в плане приведения таких мер в соответствие со своим национальным правом. Во-первых, выражение «при условии соблюдения положений своего национального права» должно пониматься как предоставляющее государству значительную возможность выбора по своему усмотрению мер, которые будут приняты; это обязательство «обусловлено» существующим подходом государства к ответственности юридических лиц за уголовные преступления в соответствии

[1134] Международная конвенция о пресечении преступления апартеида и наказании за него, ст. I, п. 2 («Государства – участники настоящей Конвенции объявляют преступными организации, учреждения и отдельных лиц, совершающих преступление апартеида»).

[1135] Базельская конвенция о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением, ст. 2, п. 14 («Для целей настоящей Конвенции: […] "лицо" означает любое физическое или юридическое лицо»), и ст. 4, п. 3 («Стороны считают незаконный оборот опасных или других отходов преступным деянием»).

[1136] Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма, ст. 5. В отношении предложений, представленных в ходе переговоров, которые привели к разработке статьи 5, см. «Меры по ликвидации международного терроризма: доклад Рабочей группы» (A/C.6/54/L.2) (26 октября 1999 года).

[1137] Конвенция Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности, ст. 10.

[1138] Факультативный протокол к Конвенции о правах ребенка, касающийся торговли детьми, детской проституции и детской порнографии, ст. 3, п. 4.

[1139] Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции, ст. 26. Для справок см. United Nations Office on Drugs and Crime, *Travaux Préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Corruption* (United Nations publication, Sales No. E. 10.V.13), pp. 233–235, и *Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against Corruption* (2nd rev. ed., 2012), pp. 107–113. Аналогичную конвенцию, принятую Организацией экономического сотрудничества и развития, см. Конвенцию о борьбе с дачей взяток иностранным государственным должностным лицам при осуществлении международных деловых операций, ст. 2 («Каждая Сторона будет принимать все необходимые меры для того, чтобы определить ответственность юридических лиц за подкуп должностного лица иностранного государства в соответствии со своими правовыми принципами»).

[1140] Протокол 2005 года к Протоколу о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности стационарных платформ, расположенных на континентальном шельфе, ст. 5.

[1141] См., например, Конвенцию об уголовной ответственности за коррупцию, ст. 18, и Дополнительный протокол 2003 года (касающийся подкупа третейских судей и присяжных); см. также Европейскую конвенцию о пресечении терроризма, ст. 10.

[1142] См., например, Межамериканскую конвенцию о борьбе с коррупцией, ст. VIII; Протокол о борьбе с коррупцией Сообщества по вопросам развития стран юга Африки, ст. 4, п. 2; и Конвенцию Африканского союза о предупреждении коррупции и борьбе с ней, ст. 11, п. 1.

[1143] Резолюция 54/263 Генеральной Ассамблеи от 25 мая 2000 года, приложение II.

с его национальным правом. Например, в большинстве государств ответственность юридических лиц за уголовные преступления в соответствии с национальным правом будет применяться лишь в отношении отдельных категорий юридических лиц, но не в отношении других. Действительно, в большинстве национальных законов в число «юридических лиц» в данном контексте не входят государства, правительства, другие государственные органы, осуществляющие государственную власть, и публичные международные организации[1144]. Аналогичным образом, ответственность юридических лиц в соответствии с национальным законодательством может варьироваться в зависимости от того, кто входит в круг физических лиц, поведение которых может быть присвоено юридическому лицу; какие виды ответственности физических лиц могут повлечь за собой ответственность юридического лица; необходимо ли доказывать mens rea физического лица для установления ответственности юридического лица; необходимо ли доказывать, что конкретное физическое лицо совершило правонарушение[1145].

45) Во-вторых, каждое государство обязано принимать меры по возложению правовой ответственности на юридических лиц «в соответствующих случаях». Даже в том случае, если государство в соответствии с его национальным правом обычно способно возложить ответственность за уголовные преступления на юридических лиц, государство может прийти к выводу, что такая мера является неприемлемой в конкретном контексте преступлений против человечности.

46) Относительно принимаемых мер во втором предложении пункта 7 указывается: «При условии соблюдения правовых принципов государства эта ответственность юридических лиц может быть уголовной, гражданской или административной». Это предложение фигурирует не только в Факультативном протоколе 2000 года к Конвенции о правах ребенка, касающемся торговли детьми, детской проституции и детской порнографии, как об этом говорилось выше, но и в других договорах с большим числом участников, таких как Конвенция Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности 2000 года[1146] и Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции 2003 года[1147]. Упомянутая гибкость такой формулировки позволяет признавать и учитывать разнообразие подходов, принятых в национальных правовых системах. Благодаря ей отсутствует обязательство устанавливать уголовную ответственность, если это идет вразрез с национальными правовыми принципами того или иного государства; в этих случаях в качестве альтернативы может использоваться одна из форм гражданской или административной ответственности. В любом случае такая ответственность − будь то уголовная, гражданская или административная − не наносит ущерба уголовной ответственности физических лиц, предусмотренной в проекте статьи 5.

Статья 6. Установление национальной юрисдикции

1. Каждое государство принимает необходимые меры для установления его юрисдикции в отношении правонарушений, указанных в проекте статьи 5, в следующих случаях:

***a*) когда правонарушение совершено на любой территории, находящейся под его юрисдикцией, или на борту морского или воздушного судна, зарегистрированного в данном государстве;**

***b*) когда предполагаемый правонарушитель является гражданином данного государства или, если данное государство считает это целесообразным, лицом без гражданства, обычно проживающим на территории данного государства;**

***c*) когда жертва является гражданином данного государства и если данное государство считает это целесообразным.**

2. Каждое государство также принимает необходимые меры для установления его юрисдикции над правонарушениями, указанными в проекте статьи 5, в случаях, когда предполагаемый правонарушитель находится на любой территории под его юрисдикцией и оно не выдает и не передает это лицо в соответствии с настоящими проектами статей.

3. Настоящие проекты статей не исключают осуществление любой уголовной юрисдикции, установленной государством в соответствии с его национальным правом.

[1144] В Конвенции Совета Европы об уголовной ответственности за коррупцию четко указывается такое исключение (см., например, ст. 1 *d*): «Для целей настоящей Конвенции: […] "юридическое лицо" означает любое образование, имеющее таковой статус в силу действующего национального права, за исключением государств или других государственных органов, действующих в осуществление государственных полномочий, а также международных организаций»).

[1145] Краткий обзор расхождений в различных юрисдикциях общего права и гражданского права в отношении ответственности юридических лиц см. в *Al Jadeed [Co.] S.A.L./New T.V.S.A.L. (N.T.V.) et Karma Mohamed Tahsin Al Khayat,* Contempt Judge, Decision of 18 September 2015 (сноска 1133 выше), paras. 63–67.

[1146] П. 2 ст. 10 («При условии соблюдения правовых принципов Государства-участника ответственность юридических лиц может быть уголовной, гражданско-правовой или административной»); см. также Международную конвенцию о борьбе с финансированием терроризма, п. 1 ст. 5 («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, указанного в статье 2. Такая ответственность может носить уголовный, гражданский или административный характер»).

[1147] П. 2 ст. 26 («При условии соблюдения правовых принципов Государства-участника ответственность юридических лиц может быть уголовной, гражданско-правовой или административной»).

Комментарий

1) Проект статьи 6 предусматривает, что каждое государство должно установить юрисдикцию над правонарушениями, упомянутыми в проекте статьи 5, в определенных случаях, в частности когда преступление совершается на территории под его юрисдикцией, было совершено одним из его граждан или когда преступник находится на территории под его юрисдикцией.

2) Как правило, в международных документах поощряется установление государствами относительно широкого диапазона юрисдикционных основ по национальному праву в отношении наиболее серьезных преступлений, вызывающих обеспокоенность международного сообщества, чтобы те, кто совершают правонарушение, нигде не могли найти себе убежища. 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, кроме преступления агрессии, «независимо от того, где и кем были совершены эти преступления»[1148]. Широта такой юрисдикции была необходима потому, что «Комиссия считала, что для эффективного осуществления Кодекса требуется комбинированный подход к юрисдикции, основанный на самой широкой юрисдикции национальных судов вкупе с возможной юрисдикцией международного уголовного суда»[1149]. В преамбуле к Римскому статуту Международного уголовного суда предусматривается, что «самые серьезные преступления, вызывающие обеспокоенность всего международного сообщества, не должны оставаться безнаказанными и что их действенное 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».

3) По сути, когда договоры, касающиеся преступлений, затрагивают вопрос об осуществлении национального законодательства, они обычно включают в себя положение об установлении национальной юрисдикции. Например, в ходе обсуждений в рамках рабочей группы Комиссии по правам человека, созванной для выработки международного документа о насильственных исчезновениях, был сделан вывод 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»[1150]. В то же время такие договоры обычно обязывают государство-участник осуществлять его юрисдикцию лишь тогда, когда предполагаемый преступник находится на территории этого государства-участника (см. проект статьи 8), что ведет либо к передаче данного вопроса органам, осуществляющим уголовное преследование в этом государстве-участнике, либо к выдаче предполагаемого преступника или его передаче в распоряжение другого государства-участника или компетентного международного трибунала (см. проект статьи 9).

4) Размышляя о принятии такого обязательства в договорах, в частности в Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, в деле *Вопросы, касающиеся обязательства осуществлять судебное преследование или выдавать (Бельгия против Сенегала)*, Международный Суд постановил:

> Обязательство государства признать пытки уголовным преступлением и установить над ним свою юрисдикцию находит свои эквиваленты в положениях многих международных конвенций о борьбе с международными преступлениями. Это обязательство, которое должно выполняться соответствующим государством немедленно после того, как оно стало связанным положениями Конвенции, имеет, в частности, превентивный и сдерживающий характер, поскольку, вооружившись необходимыми правовыми инструментами для судебного преследования таких преступлений, государства-участники обеспечивают соответствующее функционирование своих правовых систем и берут на себя обязательство координировать свои усилия в целях устранения малейшей вероятности безнаказанности. Этот превентивный характер становится еще более заметным по мере увеличения числа государств-участников[1151].

5) Положения, которые были бы сопоставимы с положениями, закрепленными в проекте статьи 6, существуют во многих договорах, касающихся преступлений[1152]. И хотя пока не существует договора, касающегося преступлений против человечности, судьи Хиггинс, Койманс и Бюргенталь указали в своем особом мнении по делу *Ордер на арест от 11 апреля 2000 года*:

> Этот ряд многосторонних договоров со своими особыми юрисдикционными положениями отражает решимость

[1148] *Ежегодник… 1996 год*, т. II (часть вторая), с. 33, ст. 8.

[1149] Там же, с. 34, п. 5) комментария к ст. 8.

[1150] 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), п. 65.

[1151] *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2012*, p. 422, at p. 451, para. 75.

[1152] См., например, Конвенцию о борьбе с незаконным захватом воздушных судов, ст. 4; Конвенцию о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации, ст. 5, п. 1 *a*)–*b*); Конвенцию о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов, ст. 3; Международная конвенция о борьбе с захватом заложников, ст. 5; Межамериканская конвенция о предупреждении пыток и наказании за них, ст. 12; Конвенцию против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, ст. 5; Конвенцию о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала, ст. 10; Межамериканскую конвенцию о насильственном исчезновении лиц, ст. IV; Международную конвенцию о борьбе с бомбовым терроризмом, ст. 6; Международную конвенцию о борьбе с финансированием терроризма, ст. 7; Конвенцию Организации африканского единства о предупреждении терроризма и борьбе с ним, п. 1 ст. 6; Конвенцию Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности, ст. 15; Международную конвенцию для защиты всех лиц от насильственных исчезновений, пп. 1 и 2 ст. 9; Конвенцию Ассоциации государств Юго-Восточной Азии о противодействии терроризму, пп. 1–3 ст. VII.

международного сообщества добиться того, чтобы те, кто совершают военные преступления, насильственные угоны, захваты заложников [и] пытки, не оставались безнаказанными. И хотя преступления против человечности пока не являются предметом отдельной конвенции, не следует сомневаться в соразмерном международном возмущении, которое вызывает совершение подобных деяний[1153].

6) Пункт 1 *a*) проекта статьи 6 требует, чтобы юрисдикция устанавливалась тогда, когда преступление совершается на территории государства, – этот тип юрисдикции часто называется «территориальной юрисдикцией». Вместо того, чтобы упомянуть только «территорию» государства, Комиссия сочла уместным упомянуть территорию «под юрисдикцией [государства]», что позволяет охватить не только территорию под его юрисдикцией или контролем де-факто, но и территорию государства де-юре. Подобная терминология соответствует формулировкам, используемым в соответствующих договорах в этой области. В будущем необходимо будет пересмотреть текст проекта статьи 4, с тем чтобы обеспечить терминологическое единообразие[1154]. Кроме того, территориальная юрисдикция часто охватывает юрисдикцию над преступлениями, совершаемыми на борту морского или воздушного судна, зарегистрированного в конкретном государстве; и действительно, государства, принявшие национальные законы о преступлениях против человечности, обычно устанавливают юрисдикцию над деяниями, происходящими на борту такого морского или воздушного судна.

7) В пункте 1 *b*) проекта статьи 6 речь идет о юрисдикции, когда предполагаемый правонарушитель является гражданином государства, – этот тип юрисдикции иногда называется «юрисдикцией по принципу гражданства» или «юрисдикцией активной правосубъектности». В пункте 1 *b*) указывается также, что государство может, на факультативной основе, устанавливать юрисдикцию, когда правонарушитель является «лицом без гражданства, обычно проживающим на территории данного государства». Эта формулировка основывается на формулировках некоторых существующих конвенций, таких как пункт 1 *b*) статьи 5 Международной конвенции о борьбе с захватом заложников.

8) В пункте 1 *c*) проекта статьи 6 речь идет о юрисдикции, когда жертва преступления является гражданином государства, – этот тип юрисдикции иногда называется «юрисдикцией пассивной правосубъектности». С учетом того, что многие государства предпочитают не осуществлять этот вид юрисдикции, эта юрисдикция является факультативной; государство может устанавливать такую юрисдикцию, «если данное государство считает это целесообразным», но государство не обязано этого делать. Эта формулировка также основывается на формулировках целого ряда различных существующих конвенций.

9) Пункт 2 проекта статьи 6 касается ситуации, когда других видов юрисдикции, возможно, не существует, а предполагаемый правонарушитель «находится» на территории под юрисдикцией государства и государство не выдает и не передает это лицо в соответствии с настоящими проектами статей. В такой ситуации, даже если преступление не совершено на его территории, предполагаемый правонарушитель не является его гражданином и жертвы преступления не являются его гражданами, государство тем не менее обязано установить юрисдикцию ввиду присутствия предполагаемого правонарушителя на территории под его юрисдикцией. Это обязательство помогает предотвратить поиск предполагаемым правонарушителем убежища в государстве, которое иным образом никак не связано с правонарушением.

10) В пункте 3 проекта статьи 6 устанавливается, что, хотя каждое государство обязано осуществлять эти виды юрисдикции, это не исключает осуществления любой другой юрисдикции, предусмотренной национальным правом этого государства. И действительно, чтобы сохранить право государств-участников устанавливать национальную юрисдикцию за пределами сферы действия договора, не затрагивая при этом любые применимые нормы международного права, договоры, касающиеся преступлений, обычно оставляют открытой возможность того, что то или иное государство-участник может иметь другие юрисдикционные основания для привлечения предполагаемого преступника к ответственности[1155]. В своем совместном особом мнении по делу *Ордер на арест от 11 апреля 2000 года* судьи Хиггинс, Койманс и Бюргенталь сослались, в частности, на подобное положение Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания и заявили:

> Мы не согласны с тезисом о том, что борьба с безнаказанностью «передается» международным договорам и трибуналам, а национальные суды не обладают никакой компетенцией в таких вопросах. При формулировании соответствующих договорных положений принимались всяческие меры для того, чтобы не исключать других оснований для юрисдикции, которая может осуществляться на добровольной основе[1156].

[1153] *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2002*, p. 3, Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal, p. 78, para. 51.

[1154] См. *Ежегодник… 2015 год*, т. II (часть вторая), гл. VII, разд. C, ст. 4, п. 1 *a*) (где речь идет о «любой территории, находящейся под его юрисдикцией или контролем»).

[1155] См. 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), сноска 102; см. также Council of Europe, Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption, *European Treaty Series*, No. 173, para. 83 («Юрисдикция обычно основывается на территориальности или гражданстве. Однако в области коррупции эти принципы могут не всегда быть достаточными для осуществления юрисдикции, например, в случаях, происходящих за пределами территории Стороны, не касающихся ее граждан, но тем не менее затрагивающих ее интересы (например, национальную безопасность). Пункт 4 этой статьи позволяет Сторонам устанавливать, в соответствии с их национальным законодательством, также и иные виды юрисдикции»).

[1156] *Arrest Warrant of 11 April 2000* (см. сноску 1153 выше), Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal, pp. 78–79, para. 51.

11) Установление различных видов национальной юрисдикции, закрепленных в проекте статьи 6, имеет важное значение для поддержки обязательства aut dedere aut judicare, предусмотренного в проекте статьи 9. В своем особом мнении по делу *Ордер на арест от 11 апреля 2000 года* 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 преследованию. *Оно должно было предварительно предоставить своим судам юрисдикцию, чтобы его судить, если его не выдают**. Таким образом, универсальное наказание за преступления, о которых идет речь, гарантируется, поскольку исполнителям отказывают в убежище во всех государствах[1157].

Статья 7. Расследование

Каждое государство обеспечивает, чтобы его компетентные органы проводили быстрое и беспристрастное расследование, когда имеются достаточные основания полагать, что на любой территории под его юрисдикцией совершены или совершаются деяния, представляющие собой преступления против человечности.

Комментарий

1) Проект статьи 7 касается ситуаций, когда имеются достаточные основания полагать, что деяния, представляющие собой преступления против человечности, были совершены или совершаются на территории, находящейся под юрисдикцией государства. Такое государство имеет наилучшие возможности для проведения подобного расследования, чтобы установить, были ли действительно совершены или действительно ли совершаются преступления, и если да, то были ли эти преступления совершены правительственными силами, находящимися под его контролем, либо силами, находящимися под контролем другого государства, либо они были совершены членами неправительственной организации. Такое расследование может заложить основу не только для выявления предполагаемых правонарушителей и их местонахождения, но и для оказания содействия в предотвращении дальнейшего совершения длящихся преступлений или их повторного совершения путем выявления их источника. Подобное расследование необходимо отличать от предварительного расследования в целях установления фактов, касающихся конкретного предполагаемого правонарушителя, который находится в государстве, о чем говорится в пункте 2 проекта статьи 8.

2) Аналогичное обязательство закреплено в некоторых договорах, касающихся других преступлений[1158]. 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 обязательство отличается от обязательства государства-участника, предусмотренного в пункте 2 статьи 6 Конвенции против пыток, проводить предварительное расследование для установления фактов, касающихся конкретного предполагаемого правонарушителя. Как было указано, в соответствии со статьей 12 Конвенции против пыток расследование должно проводиться всякий раз, когда имеются «достаточные основания полагать», что преступление было совершено, независимо от того, обратились ли пострадавшие лица с официальной жалобой в государственные органы или нет[1159]. И действительно, поскольку вполне вероятно, что чем более систематической становится практика пыток в той или иной конкретной стране, тем меньше будет число официальных жалоб на применение пыток, нарушение статьи 12 Конвенции против пыток является возможным, даже если государство не получает никаких подобных жалоб. Комитет против пыток указал, что государственные органы власти должны «незамедлительно проводить» расследование, когда имеются достаточные основания полагать, что акт пытки или жестокого обращения был совершен, «причем мотивы таких подозрений не имеют особого значения»[1160].

3) Комитет против пыток также констатировал нарушения статьи 12, если проводимое государством расследование не является «быстрым и беспристрастным»[1161]. Требование, касающееся оперативности, означает, что, как только возникает подозрение относительно совершения преступления, расследования должны начинаться незамедлительно или без каких-либо проволочек. В большинстве случаев, когда Комитет устанавливал факт недостаточно быстрого проведения расследования, оно либо не проводилось вообще, либо начиналось лишь длительное время спустя. Например, Комитет установил, что «задержка в 15 месяцев с проведением расследований утверждений о пытках представляет собой неразумно длительный

[1157] *Ibid*., Separate Opinion of President Guillaume, p. 39, para. 9.

[1158] См., например, Межамериканскую конвенцию о предупреждении пыток и наказании за них, ст. 8; Международную конвенцию для защиты всех лиц от насильственных исчезновений, п. 2 ст. 12; Конвенцию Совета Европы о предотвращении и борьбе с насилием в отношении женщин и домашним насилием, ст. 55, п. 1.

[1159] См. *Энкарнасьон Бланко Абад против Испании*, сообщение № 59/1996, 14 мая 1998 года, п. 8.2, в докладе Комитета против пыток, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят третья сессия, Дополнение № 44* (A/53/44), разд. A.3 приложения X; *Данило Димитриевич против Сербии и Черногории*, сообщение № 172/2000, 16 ноября 2005 года, п. 7.3, там же, *шестьдесят первая сессия, Дополнение № 44* (A/61/44), разд. A приложения VIII.

[1160] См. *Дау Бельгасем Тхабти против Туниса*, сообщение № 187/2001, 14 ноября 2003 года, п. 10.4, там же, *пятьдесят девятая сессия, Дополнение № 44* (A/59/44), разд. A приложения VII.

[1161] См., например, *Байрамов против Казахстана*, сообщение № 497/2012, 14 мая 2014 года, пп. 8.7–8.8, там же, *шестьдесят девятая сессия, Дополнение № 44* (A/69/44), приложение XIV.

период и не отвечает требованиям статьи 12 Конвенции»[1162]. Причины, лежащие в основе требования о скорости, заключаются в том, что физические следы, которые, возможно, станут доказательством пытки, могут быстро исчезнуть и что обратившиеся с жалобой жертвы, возможно, находятся под угрозой новых пыток, которые могут быть предотвращены благодаря быстрому проведению расследования[1163].

4) Требование, касающееся беспристрастности, означает, что государства должны проводить свои расследования серьезно, эффективно и непредвзято. В некоторых случаях Комитет против пыток рекомендовал, чтобы расследование правонарушений находилось «под непосредственным контролем независимых судей, являющихся членами судебной коллегии»[1164]. В других случаях он предписывал «строго запретить всем государственным органам, не имеющим соответствующих процессуальных полномочий, проводить уголовные расследования»[1165]. Комитет заявлял, что беспристрастное расследование предполагает придание равного веса утверждениям о том, что преступление было или не было совершено, а затем использование соответствующих средств дознания, таких как проверка имеющихся правительственных архивов, опрос соответствующих правительственных чиновников или распоряжение об эксгумации трупов[1166].

5) Некоторые договоры, которые не содержат в явной форме такого обязательства проводить расследование, тем не менее рассматриваются как содержащие его в скрытой 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 случаи нарушения Пакта[1167]. Региональные правозащитные учреждения также толкуют свои правовые инструменты как содержащие в скрытой форме обязанность проводить расследование[1168].

Статья 8. Предварительные меры в случае присутствия предполагаемого правонарушителя

1. Убедившись после рассмотрения имеющейся в его распоряжении информации, что обстоятельства того требуют, любое государство, на территории под юрисдикцией которого находится лицо, подозреваемое в совершении любого преступления, указанного в проекте статьи 5, заключает это лицо под стражу или принимает другие законные меры, обеспечивающие его присутствие. Заключение под стражу и другие законные меры соответствуют тому, что предусмотрено правом этого государства, но могут продолжаться только в течение времени, необходимого для того, чтобы сделать возможным возбуждение любого уголовного судопроизводства или судопроизводства о выдаче или передаче.

2. Такое государство немедленно производит предварительное расследование фактов.

3. Когда государство в соответствии с настоящим проектом статьи заключает какое-либо лицо под стражу, оно немедленно уведомляет государства, упомянутые в пункте 1 проекта статьи 6, о факте содержания такого лица под стражей и об обстоятельствах, послуживших основанием для его заключения под стражу. Государство, проводящее предварительное расследование, предусмотренное в пункте 2 настоящего проекта статьи, незамедлительно сообщает о полученных им результатах вышеупомянутым государствам и указывает, намерено ли оно осуществить свою юрисдикцию.

Комментарий

1) Проект статьи 8 предусматривает некоторые предварительные меры, которые должно принять государство, на территории под юрисдикцией которого находится предполагаемый правонарушитель. Пункт 1 призывает такое государство заключить данное лицо под стражу или принять другие законные меры, обеспечивающие его присутствие, в соответствии с правом этого государства, но только в течение времени, необходимого для того, чтобы сделать возможным возбуждение любого уголовного судопроизводства или судопроизводства о выдаче или передаче. Такие меры являются типичной стадией национальных уголовных разбирательств и направлены, в частности, на то, чтобы избежать

[1162] *Кани Халими-Недзиби против Австрии*, сообщение № 8/1991, 18 ноября 1993 года, п. 13.5, там же, *сорок девятая сессия, Дополнение № 44* (A/49/44), приложение V.

[1163] *Энкарнасьон Бланко Абад против Испании* (см. сноску 1159 выше), п. 8.2.

[1164] Доклад Комитета против пыток, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок девятая сессия, Дополнение № 44* (A/49/44), гл. IV, рассмотрение докладов, представляемых государствами-участниками в соответствии со статьей 19 Конвенции, Эквадор, пп. 97–105, в особенности п. 105.

[1165] *Ibid.*, *Fifty-sixth Session, Supplement No. 44* (A/56/44), chap. IV, consideration of reports submitted by States parties under article 19 of the Convention, Guatemala, paras. 67–76, at para. 76 (*d*).

[1166] *Халед Бен М'Барек против Туниса*, сообщение № 60/1996, 10 ноября 1999 года, пп. 11.9–11.10, там же, *пятьдесят пятая сессия, Дополнение № 44* (A/55/44), разд. A приложения VIII.

[1167] См. Комитет по правам человека, замечание общего порядка № 31, п. 15 (доклад Комитета по правам человека, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят девятая сессия, Дополнение № 40* (A/59/40), т. I, приложение III); см. также *Назриев против Таджикистана*, сообщение № 1044/2002, соображения приняты 17 марта 2006 года, п. 8.2 (там же, *шестьдесят первая сессия, Дополнение № 40* (A/61/40), т. II, разд. P приложения V); *Куидис против Греции*, сообщение № 1070/2002, соображения приняты 28 марта 2006 года, п. 9 (там же, разд. T); *Агабеков против Узбекистана*, сообщение № 1071/2002, соображения приняты 16 марта 2007 года, п. 7.2 (там же, *шестьдесят вторая сессия, Дополнение № 40* (A/62/40), т. II, разд. I приложения VII); *Каримов против Таджикистана* и *Нурсатов против Таджикистана*, сообщение № 1108/2002 и 1121/2002, соображения приняты 26 марта 2007 года, п. 7.2 (там же, разд. H).

[1168] См., например, European Court of Human Rights, *Ergi v. Turkey*, 28 July 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-IV, paras. 82 and 85–86; *Batı and Others v. Turkey*, Nos. 33097/96 and 57834/00, ECHR 2004-IV, para. 133; *Paniagua Morales et al. v. Guatemala*, Judgment of 8 March 1998, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 37; *Extrajudicial Executions and Forced Disappearances of Persons v. Peru,* Report No. 101/01, 11 October 2001, Inter-American Commission on Human Rights (OEA/Ser./L/V/II.114 doc. 5 rev.).

совершения новых уголовных деяний и риска того, что предполагаемый правонарушитель скроется от правосудия.

2) Пункт 2 предусматривает, что государство должно немедленно произвести предварительное расследование фактов. Национальные уголовные законы государств обычно предусматривают такое предварительное расследование для определения того, имеет ли место правонарушение, подлежащее уголовному преследованию.

3) В пункте 3 предусматривается, что государство также немедленно уведомляет государства, упомянутые в пункте 1 проекта статьи 6, о своих действиях и о том, намерено ли оно осуществлять свою юрисдикцию. Это позволяет другим государствам рассмотреть вопрос о том, желают ли они осуществить свою юрисдикцию, и в этом случае они могут добиваться выдачи. В некоторых ситуациях государство может не в полной мере осознавать, какие другие государства уже установили свою юрисдикцию (например, государство, которое по своему усмотрению установило юрисдикцию в отношении лица без гражданства, которое обычно проживает на территории этого государства); в таких ситуациях возможность выполнения данного обязательства может зависеть от сложившихся обстоятельств.

4) Как Генеральная Ассамблея, так и Совет Безопасности признали важность таких предварительных мер в контексте преступлений против человечности. Так, Генеральная Ассамблея призвала «все заинтересованные государства принять необходимые меры по тщательному расследованию… преступлений против человечности… 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»[1169]. Кроме того, она заявила, что «отказ государства сотрудничать в деле ареста, выдачи, привлечения к ответственности и наказания лиц, виновных в военных преступлениях… противоречит целям и принципам Устава Организации Объединенных Наций, а также общепризнанным нормам международного права»[1170]. 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»[1171].

5) Договоры, касающиеся уголовных преступлений, обычно предусматривают такие предварительные меры[1172], как статья 6 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания. Анализируя, в частности, положения, содержащиеся в статье 6 Конвенции, Международный Суд пояснил, что «включение соответствующих законодательных положений во внутреннее 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»[1173]. Суд пришел к выводу о том, 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»[1174]. 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»[1175]. Кроме того, цель таких мер заключается 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»[1176].

Статья 9. Aut dedere aut judicare

Государство, на территории под юрисдикцией которого находится предполагаемый правонарушитель, передает дело своим компетентным органам для цели преследования, если только

[1169] Резолюция 2583 (XXIV) Генеральной Ассамблеи от 15 декабря 1969 года по вопросу о наказании военных преступников и лиц, совершивших преступления против человечества, п. 1.

[1170] Резолюция 2840 (XXVI) Генеральной Ассамблеи от 18 декабря 1971 года по вопросу о наказании военных преступников и лиц, совершивших преступления против человечества, п. 4.

[1171] Резолюция 1894 Совета Безопасности (2009) от 11 ноября 2009 года, п. 10.

[1172] См., например, Конвенцию о борьбе с незаконным захватом воздушных судов, ст. 6; Конвенцию о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации, ст. 6; Международную конвенцию о борьбе с захватом заложников, ст. 6; Межамериканскую конвенцию о предупреждении пыток и наказании за них, ст. 8; Международную конвенцию о борьбе с бомбовым терроризмом, ст. 7; Международную конвенцию о борьбе с финансированием терроризма, ст. 9; Конвенцию Организации африканского единства о предупреждении терроризма и борьбе с ним, ст. 7; Международную конвенцию для защиты всех лиц от насильственных исчезновений, ст. 10; Конвенцию Ассоциации государств Юго-Восточной Азии о противодействии терроризму, ст. VIII.

[1173] *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (см. сноску 1151 выше), p. 450, para. 72.

[1174] *Ibid.*, p. 453, para. 83.

[1175] *Ibid.*, p. 454, para. 86.

[1176] *Ibid.*, p. 451, para. 74.

оно не выдает или не передает это лицо другому государству или компетентному международному уголовному трибуналу. Эти органы принимают решение таким же образом, как и в случае любого другого правонарушения тяжкого характера по праву этого государства.

Комментарий

1) Проект статьи 9 обязывает государство, на территории под юрисдикцией которого находится предполагаемый правонарушитель, передать предполагаемого правонарушителя для целей преследования в рамках национальной системы такого государства. Единственным альтернативным способом выполнения этого обязательства является выдача или передача предполагаемого правонарушителя другому государству или компетентному международному уголовному трибуналу, который готов и способен самостоятельно осуществлять преследование по этому делу. Это обязательство обычно называется принципом aut dedere aut judicare, который недавно был изучен Комиссией[1177] и который содержится в многочисленных многосторонних договорах, касающихся преступлений[1178]. Несмотря на то, что буквальный перевод выражения aut dedere aut judicare, возможно, не в полной мере отражает смысл этого обязательства, Комиссия предпочла сохранить этот термин в названии с учетом его общепринятого использования в тех случаях, когда речь идет об обязательстве такого рода.

2) 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 обнаружено лицо, подозреваемое в совершении одного из преступлений, предусмотренного в статье 17, 18, 19 или 20, выдает это лицо или возбуждает против него судебное преследование»[1179].

3) В большинстве многосторонних договоров, содержащих такое обязательство[1180], используется так называемая «Гаагская формула», названная так в связи с Конвенцией о борьбе с незаконным захватом воздушных судов 1970 года[1181]. Согласно этой формуле, обязательство возникает в тех случаях, когда предполагаемый правонарушитель находится на территории государства-участника, независимо от того, запрашивает ли какое-либо другое государство-участник его выдачу. Хотя это обязательство регулярно называется обязательством выдавать или «осуществлять судебное преследование», оно состоит в том, чтобы «передать дело своим компетентным органам для целей преследования», т. е. органам прокуратуры, которые могут принять или не принять решение о возбуждении судебного преследования. В частности, если компетентные органы определят, 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 наказание[1182]. Подготовительные материалы в связи с Конвенцией о борьбе с незаконным захватом воздушных судов указывают на то, что эта формула устанавливала «обязательство в отношении задержания предполагаемого правонарушителя, возможность выдачи, обязательство в отношении передачи компетентному органу и возможность судебного преследования»[1183].

4) В деле *Вопросы, касающиеся обязательства осуществлять судебное преследование или выдавать (Бельгия против Сенегала)* Международный Суд проанализировал Гаагскую 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,

---

[1177] См. *Ежегодник… 2014 год*, т. II (часть вторая), гл. VI.

[1178] См. исследование, подготовленное Секретариатом, «Обзор многосторонних договоров, которые могут иметь значение для работы Комиссии международного права над темой "Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare)"», *Ежегодник… 2010 год*, т. II (часть первая), документ A/CN.4/630, с. 387.

[1179] *Ежегодник… 1996 год*, т. II (часть вторая), с. 37, ст. 9; см. также резолюцию 2005/81 Комиссии по правам человека о безнаказанности (сноска 1076 выше), п. 2 (где она признает, «что государства должны преследовать в судебном порядке или выдавать лиц, виновных в совершении таких преступления против человечности… включая сообщников в соответствии со своими международными обязательствами в целях привлечения их к суду и настоятельно призывает все государства принять действенные меры по осуществлению этих обязательств»).

[1180] Конвенция о предупреждении и наказании за совершение актов терроризма, принимающих форму преступлений против лиц и сопутствующего им вымогательства, когда эти акты имеют международную значительность, ст. 5; Конвенция Организации африканского единства о ликвидации наемничества в Африке, ст. 8 и 9, пп. 2–3; Европейская конвенция о пресечении терроризма, ст. 7; Межамериканская конвенция о предупреждении пыток и наказании за них, ст. 14; Региональная конвенция Ассоциации регионального сотрудничества Южной Азии о пресечении терроризма, ст. IV; Межамериканская конвенция о насильственных исчезновениях лиц, ст. 6; Межамериканская конвенция о международной торговле несовершеннолетними, ст. 9; Межамериканская конвенция против коррупции, ст. XIII, п. 6; Межамериканская конвенция о борьбе с незаконным производством и оборотом огнестрельного оружия, боеприпасов, средств взрывания и других связанных с ними элементов, ст. XIX, п. 6; Арабская конвенция о пресечении терроризма, ст. 6; Конвенция об уголовной ответственности за коррупцию, ст. 27, п. 5; Конвенция Организации Исламская конференция о борьбе с международным терроризмом, ст. 6; Конвенция о киберпреступности, ст. 24, п. 6; Конвенция Африканского союза о предупреждении коррупции и борьбе с ней, ст. 15, п. 6; Конвенция Совета Европы о предупреждении терроризма, ст. 18; Конвенция Совета Европы о противодействии торговле людьми, ст. 31, п. 3; и Конвенция Ассоциации государств Юго-Восточной Азии о противодействии терроризму, ст. XIII, п. 1.

[1181] См., в частности, статью 7 Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов.

[1182] См. исследование, подготовленное Секретариатом, «Обзор многосторонних договоров…» (A/CN.4/630) (сноска 1178 выше), сс. 435–436, пп. 145–147.

[1183] Заявление Жильбера Гийома (Председателя Подкомитета Правового комитета и делегат Франции), ICAO, *Legal Committee, Seventeenth Session, Montreal, 9 February – 11 March 1970*, *Minutes and Documents relating to the Subject of Unlawful Seizure of Aircraft* (Montreal, 1970), 30th meeting (3 March 1970) (Doc. 8877-LC/161), para. 15.

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 образом, как и в случае любого обычного преступления серьезного характера в соответствии с законодательством этого государства (пункт 2 Статьи 7 Конвенции против пыток и Статья 7 Гаагской конвенции 1970 года). 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 после того, как государство выполнило другие обязательства, предусмотренные в предшествующих статьях, что требует от него принятия надлежащего законодательства для того, чтобы позволить ему признать пытки уголовным преступлением, наделить его суды универсальной юрисдикцией по таким делам и провести расследование фактов. Эти обязательства, взятые в совокупности, 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 ранее полученной 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 или не привести к возбуждению судебного разбирательства, с учетом представленных этим компетентным властям доказательств, касающихся обвинений против подозреваемого лица.

95. Тем не менее, 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 или преданием суду в соответствии с Конвенцией не означает, что этим двум вариантам следует придавать одинаковый вес. Выдача является одним из возможных вариантов, предлагаемых государству в соответствии с Конвенцией, в то время как судебное преследование – это международное обязательство в соответствии с Конвенцией, нарушение которого является противоправным деянием, влекущим за собой ответственность государства.

[…]

114. Хотя пункт 1 Статьи 7 Конвенции не содержит какого-либо указания относительно сроков, в которые 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 суду»[1184].

5) Суд также пришел к выводу о том, что различные факторы не могут служить оправданием для невыполнения этих обязательств: финансовые трудности государства[1185]; передача данного вопроса региональной организации[1186]; или трудности при осуществлении данных обязательств в рамках внутригосударственного права[1187].

6) В первом предложении проекта статьи 9 признается, что обязательство государства может быть выполнено путем выдачи или передачи предполагаемого правонарушителя не только тому или иному государству, а также какому-либо международному уголовному трибуналу, обладающему компетенцией осуществлять судебное преследование правонарушителя. Эта третья альтернатива возникла в связи с учреждением Международного уголовного суда и других международных уголовных трибуналов[1188]. Несмотря на то, что термин «выдача» нередко связан с направлением какого-либо лица другому государству, а термин «передача» обычно используется в связи с направлением лица компетентному международному уголовному трибуналу, проект статьи 9 сформулирован так, чтобы не ограничивать использование терминов этими значениями. Терминология, используемая в национальных уголовных системах и в международных отношениях, может варьироваться[1189], и по этой причине Комиссия сочла, что более широкая формулировка является более предпочтительной. Кроме того, хотя проект статьи 9 мог бы обусловливать ссылку на международный уголовный трибунал тем, что это должен быть трибунал, чью юрисдикцию направляющее государство признает[1190], такое условие было сочтено излишним.

[1184] *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (см. сноску 1151 выше), pp. 454, 455, 460 and 461, paras. 90–91, 94–95, 114–115 and 120.

[1185] *Ibid.*, p. 460, para. 112.

[1186] *Ibid*.

[1187] *Ibid*., para. 113.

[1188] См. *Ежегодник… 2014 год*, т. II (часть вторая), гл. VI, разд. C, с. 121, п. 35).

[1189] См., например, Европейский союз, Рамочное решение Совета от 13 июня 2002 года о европейском ордере на арест и процедурах передачи лиц между государствами-членами, *Official Journal of the European Communities*, L 190, 18 July 2002, p. 1, URL: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002F0584:en:HTML. Пункт 1 статьи 1 рамочного решения гласит: «Европейский ордер на арест является судебным решением, принятым государством-членом с целью ареста и *передачи** другим государством-членом запрашиваемого лица, для целей осуществления уголовного преследования или исполнения наказания в виде лишения свободы или исполнения ордера на заключение под стражу».

[1190] См. Международную конвенцию для защиты всех лиц от насильственных исчезновений, ст. 11, п. 1.

7) Во втором предложении проекта статьи 9 предусмотрено, что когда государство передает дело для судебного преследования или выдает или передает лицо, его «органы принимают решение таким же образом, как и в случае любого другого преступления тяжкого характера по праву этого государства». Такое положение присутствует в большинстве договоров, содержащих Гаагскую формулу, для содействия применению обычных процедур и правил представления доказательств, касающихся серьезных преступлений.

Статья 10. Справедливое обращение с предполагаемым правонарушителем

1. Любому лицу, против которого принимаются меры в связи с правонарушением, упомянутым в проекте статьи 5, на всех стадиях судопроизводства гарантируются 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. Любое такое лицо, которое находится в тюрьме, под стражей или подвергается лишению свободы, которое не является государством его гражданства, имеет 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;**

***b*) на посещение представителем этого государства или этих государств; и**

***c*) быть безотлагательно проинформированным о его правах в соответствии с настоящим подпунктом.**

3. Права, упомянутые в пункте 2, должны осуществляться в соответствии с законами и подзаконными актами государства, на территории под юрисдикцией которого находится это лицо, при условии, что эти законы и правила должны способствовать полному осуществлению цели, для которой предназначены права, предоставляемые в соответствии с пунктом 2.

Комментарий

1) Проект статьи 10 посвящен обязанности государства обеспечивать предполагаемому правонарушителю, находящемуся на территории под юрисдикцией такого государства, справедливое обращение, в том числе справедливое судебное разбирательство и полную защиту его прав. Кроме того, в проекте статьи 10 признается право предполагаемого правонарушителя, который не является гражданином данного государства, но находится в тюрьме, содержится под стражей или подвергается задержанию, на доступ к представителю своего государства.

2) Все государства предусматривают в своем национальном законодательстве меры для защиты той или иной степени для лиц, в отношении которых они проводят расследование, которых они содержат под стражей, судят или наказывают за то или иное уголовное правонарушение. Такие меры защиты могут быть указаны 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, выдвинутые государством, перед независимым судом (тем самым обеспечивая «равенство состязательных возможностей»).

3) Важные меры защиты в настоящее время также широко признаны в международном уголовном праве и праве в области прав человека. На самом общем уровне такие меры защиты признаны в статьях 10 и 11 Всеобщей декларации прав человека 1948 года[1191], в то время как более конкретные нормы, обязательные для государств, изложены в статье 14 Международного пакта о гражданских и политических правах. Как правило, документы, устанавливающие нормы для какого-либо международного суда или трибунала, стремятся конкретизировать нормы, установленные в статье 14 Пакта, в то время как договоры, касающиеся национального законодательства, обычно предусматривают широкий критерий, имеющий своей целью признать и включить конкретные нормы, предписанные в статье 14 и в других соответствующих договорах, «во все этапы» национальных судебных разбирательств в отношении предполагаемого правонарушителя[1192].

[1191] Резолюция 217 (III) А Генеральной Ассамблеи от 10 декабря 1948 года.

[1192] См., например, Конвенцию о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов, ст. 9; Международную конвенцию о борьбе с захватом заложников, ст. 8, п. 2; Конвенцию против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, ст. 7, п. 3; Конвенцию о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства, ст. 10, п. 2; Конвенцию о правах ребенка, ст. 40, п. 2 *b*); Международную конвенцию о борьбе с вербовкой, использованием, финансированием и обучением наемников, ст. 11; Международную конвенцию о борьбе с бомбовым терроризмом, ст. 14; Второй протокол к Гаагской конвенции 1954 года о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта, ст. 17, п. 2; Международную конвенцию о борьбе с финансированием терроризма, ст. 17;

(*продолжение сноски на следующей стр.*)

4) В этих договорах, касающихся национального законодательства, не определяется термин «справедливое обращение», однако этот термин рассматривается как охватывающий конкретные права, которые имеет предполагаемый правонарушитель, 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 заявила, что выражение «справедливое рассмотрение» на всех этапах судебного разбирательства «должно включать все гарантии, обычно признаваемые за задержанным или обвиняемым», и что «пример таких гарантий содержится в статье 14 Международного пакта о гражданских и политических правах»[1193]. Помимо этого, Комиссия отметила, что «выражение "справедливое рассмотрение" является предпочтительным в связи с его более общим характером, а не такие более обычные выражения, как "надлежащая законная процедура", "беспристрастное слушание" или "справедливое судебное разбирательство", которые могли бы интерпретироваться в узком техническом смысле»[1194]. Наконец, Комиссия также объяснила, что формулировка «на всех этапах судебного разбирательства» «предназначается для охраны прав предполагаемого преступника с момента его обнаружения и принятия мер для обеспечения его присутствия до вынесения окончательного решения по делу»[1195].

5) Хотя термин «справедливое рассмотрение» включает в себя понятие «справедливое судебное разбирательство», во многих договорах присутствуют прямые ссылки на справедливое судебное разбирательство, чтобы подчеркнуть его особое значение. Комитет по правам человека счел право на справедливое судебное разбирательство «важнейшим элементом защиты прав человека» и «одним из процессуальных средств обеспечения верховенства закона»[1196]. Поэтому пункт 1 проекта статьи 10 содержит ссылку на справедливое обращение, «включая справедливое судебное разбирательство».

6) Помимо справедливого обращения, предполагаемый правонарушитель имеет также право на наивысший уровень защиты его прав, вытекающих из применимых норм как национального, так и международного права, включая стандарты в области прав человека. Эти права закреплены в конституциях, законах и других нормах в рамках национальных правовых систем государств. На международном уровне они закреплены в глобальных договорах в области прав человека, в региональных договорах по правам человека[1197] и в других применимых документах[1198]. Соответственно, в пункте 1 проекта статьи 10 также признается, что государство должно обеспечивать всестороннюю защиту прав правонарушителя «в соответствии с применимыми нормами национального и международного права, включая право прав человека».

7) В пункте 2 проекта статьи 10 рассматриваются обязательства государства в отношении предполагаемого правонарушителя, который не является гражданином данного государства и который находится «в тюрьме, под стражей или подвергается задержанию». Этот термин следует понимать как охватывающий все ситуации, при которых государство ограничивает способность человека свободно общаться с представителем государства его гражданства и возможность посещения его таким представителем. В таких ситуациях государство, на территории под юрисдикцией которого находится предполагаемый правонарушитель, должно предоставить предполагаемому преступнику возможность общаться, без каких-либо задержек, с ближайшим соответствующим представителем государства или государств, гражданином которых такое лицо является, или государства или государств, которые иным образом правомочны защищать права этого лица. Кроме того, предполагаемый правонарушитель имеет право на посещение его представителем этого государства или этих государств. Наконец, предполагаемый правонарушитель имеет право быть без промедления проинформированным об этих правах. Кроме того, пункт 2 предусматривает применение этих прав также и к лицам без гражданства, требуя, чтобы такое лицо имело право безотлагательно связаться с ближайшим соответствующим представителем государства, которое, по просьбе этого лица, готово защищать права этого лица, а также имело право на посещение таким представителем.

8) Эти права изложены более подробно в пункте 1 статьи 36 Венской конвенции о консульских сношениях 1963 года, который предоставляет права как

(*продолжение сноски 1192*)

Конвенцию Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности, ст. 16, п. 13; Конвенцию Организации Объединенных Наций против коррупции, ст. 44, п. 14; Международную конвенцию о борьбе с актами ядерного терроризма, ст. 12; Международную конвенцию для защиты всех лиц от насильственных исчезновений, ст. 11, п. 3; Конвенцию Ассоциации государств Юго-Восточной Азии о противодействии терроризму, ст. VIII, п. 1.

[1193] *Ежегодник... 1972 год*, т. II, документ A/8710/Rev.1, сс. 395–396, комментарий к ст. 8.

[1194] Там же.

[1195] Там же.

[1196] Комитет по правам человека, замечание общего порядка № 32 (Равенство перед судами и трибуналами и право каждого на справедливое судебное разбирательство), *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят вторая сессия, Дополнение № 40* (A/62/40), т. I, приложение VI, п. 2; см. также пп. 18–28.

[1197] См., например, Американскую конвенцию о правах человека, ст. 8; Африканскую хартию прав человека и народов, ст. 7; Конвенцию о защите прав человека и основных свобод (Европейская конвенция по правам человека), ст. 6.

[1198] См., например, Всеобщую декларацию прав человека (сноска 1191 выше); Американскую декларацию прав и обязанностей человека (Богота, 2 мая 1948 года), принятую девятой Международной конференцией американских государств, URL: www.oas.org/dil/1948%20American%20Declaration%20of%20the%20Rights%20and%20Duties%20of%20Man.pdf; Каирскую декларацию о правах человека в исламе, резолюция № 49/19-P Организации Исламская конференция, приложение, URL: www.oic-iphrc.org/en/data/docs/legal_instruments/OIC_HRRIT/571230.pdf; Хартию основных прав Европейского союза.

задержанному, так и государству гражданства[1199], а также в рамках международного обычного права. Недавние договоры, касающиеся уголовных преступлений, обычно не содержат таких подробностей, однако, как и в случае пункта 2 проекта статьи 10, вместо этого просто подтверждают положение о том, что предполагаемый правонарушитель имеет право сноситься с представителем своего государства гражданства и право на посещение представителем такого государства (либо, если речь идет о лице без гражданства, с представителем государства, в котором он обычно проживает или которое в силу иных оснований готово защищать его права)[1200].

9) Пункт 3 проекта статьи 10 предусматривает, что права, упомянутые в пункте 2, осуществляются в соответствии с законами и подзаконными актами государства, на территории под юрисдикцией которого находится данное лицо, при условии, что такие законы и подзаконные акты не препятствуют полному осуществлению таких прав в связи с их изначальными целями. Эти национальные законы и нормативные акты могут касаться, например, способности следственного судьи вводить ограничения на общение в целях защиты потерпевших или свидетелей, а также стандартных условий в отношении посещения какого-либо лица, находящегося в центре содержания под стражей. Аналогичное положение присутствует в пункте 2 статьи 36 Венской конвенции о консульских сношениях и также включено во многие договоры, касающиеся уголовных преступлений[1201]. Комиссия пояснила это положение в своих комментариях к будущей Венской конвенции о консульских сношениях следующим образом:

5) Все вышеупомянутые права осуществляются в соответствии с законами и правилами государства пребывания. Таким образом, посещения лиц, содержащихся под стражей или в заключении, являются допустимыми в соответствии с положениями уголовно-процессуального кодекса и тюремных правил. Как правило, для целей посещения лиц, содержащихся под стражей, в отношении которого проводится уголовное расследование или уголовное разбирательство, уголовно-процессуальные кодексы требуют разрешения следственного судьи, который примет решение в свете требований расследования. В таком случае должностное лицо консульства должно обратиться к следственному судье с просьбой о разрешении. В случае лица, находящегося в заключении во исполнение судебного решения, тюремные правила, регулирующие посещение заключенных, применяются также в отношении любых посещений заключенного, который является гражданином представляемого государства, должностным лицом консульства по его желанию.

[…]

7) Хотя права, предусмотренные этой статьей, должны осуществляться в соответствии с законами и правилами государства пребывания, это не означает, что такие законы и правила могут отменять эти права[1202].

10) В связи с делом *Лагранд* Международный Суд пришел к выводу о том, что ссылку на «права» в пункте 2 статьи 36 Венской конвенции о консульских сношениях «следует толковать как применимую не только к правам направляющего государства, но и к правам задержанного лица»[1203].

[1199] См. *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2001*, p. 466, at p. 492, para. 74 («В пункте 1 Статьи 36 установлен взаимосвязанный режим, предназначенный для содействия внедрению системы консульской защиты»), и p. 494, para. 77 («На основе текста этих положений Суд приходит к выводу о том, что пункт 1 Статьи 36 создает индивидуальные права»).

[1200] См., например, Конвенцию о борьбе с незаконным захватом воздушных судов, ст. 6; Конвенцию о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации, ст. 6, п. 3; Конвенцию о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов, ст. 6, п. 2; Международную конвенцию о борьбе с захватом заложников, ст. 6, п. 3; Конвенцию против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, ст. 6, п. 3; Конвенцию о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала, ст. 17, п. 2; Международную конвенцию о борьбе с бомбовым терроризмом, ст. 7, п. 3; Международную конвенцию о борьбе с финансированием терроризма, ст. 9, п. 3; Конвенцию Организации африканского единства о предупреждении терроризма и борьбе с ним, ст. 7, п. 3; Международную конвенцию для защиты всех лиц от насильственных исчезновений, ст. 10, п. 3; Конвенцию Ассоциации государств Юго-Восточной Азии о противодействии терроризму, ст. VIII, п. 4.

[1201] См., например, Международную конвенцию о борьбе с захватом заложников, ст. 4; Международную конвенцию о борьбе с бомбовым терроризмом, ст. 7, п. 4; Международную конвенцию о борьбе с финансированием терроризма, ст. 9, п. 4; Конвенцию Организации африканского единства о предупреждении терроризма и борьбе с ним, ст. 7, п. 4; Конвенцию Ассоциации государств Юго-Восточной Азии о противодействии терроризму, ст. VIII, п. 5.

[1202] *Ежегодник… 1961 год*, т. II, документ A/4843, проекты статей о консульских сношениях и комментарии, с. 113 англ. текста, пп. 5) и 7) комментария к ст. 36.

[1203] *LaGrand* (см. сноску 1199 выше), p. 497, para. 89.