Глава VI

ОБЯЗАТЕЛЬСТВО ВЫДАВАТЬ ИЛИ ОСУЩЕСТВЛЯТЬ СУДЕБНОЕ ПРЕСЛЕДОВАНИЕ (AUT DEDERE AUT JUDICARE)

A. Введение

57. На своей пятьдесят седьмой сессии (в 2005 году) Комиссия постановила включить в программу своей работы тему «Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare)» и назначила Специальным докладчиком по ней г-на Здзислава Галицкого[401].

58. Специальный докладчик представил четыре доклада. Комиссия получила и рассмотрела предварительный доклад на своей пятьдесят восьмой сессии (в 2006 году), второй доклад − на своей пятьдесят девятой сессии (в 2007 году), третий доклад − на своей шестидесятой сессии (в 2008 году) и четвертый доклад − на своей шестьдесят третьей сессии (в 2011 году)[402].

59. На шестьдесят первой сессии (в 2009 году) была учреждена Рабочая группа открытого состава под председательством г-на Алена Пелле[403], и по итогам ее обсуждений были разработаны предлагаемые общие рамки для рассмотрения данной темы, конкретизирующие вопросы, которыми должен заниматься Специальный докладчик[404]. На шестьдесят второй сессии (в 2010 году) Рабочая группа была учреждена вновь, и в отсутствие ее Председателя в ней председательствовал г-н Энрике Кандиоти[405]. На рассмотрении Рабочей группы находился подготовленный Секретариатом обзор многосторонних конвенций, которые могут иметь значение для работы над данной темой[406].

60. На шестьдесят четвертой (в 2012 году) и шестьдесят пятой (в 2013 году) сессиях Комиссия учреждала под председательством г-на Криангсака Киттичасайри Рабочую группу открытого состава по обязательству выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare) для оценки прогресса в работе Комиссии по данной теме, в частности в свете принятия Международным Судом 20 июля 2012 года решения по делу *Вопросы, касающиеся обязательства осуществлять судебное преследование или выдавать*[407], и изучения возможных направлений работы Комиссии на будущее[408].

B. Рассмотрение темы на настоящей сессии

61. На настоящей сессии Комиссия учредила под председательством г-на Криангсака Киттичасайри Рабочую группу по обязательству выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare). Рабочая группа продолжила оценку прогресса в работе по данной теме, в частности в свете замечаний, сделанных в Шестом комитете на шестьдесят восьмой сессии Генеральной Ассамблеи по докладу Рабочей группы 2013 года[409]. Рабочая группа провела два заседания, 6 мая и 4 июня 2014 года.

62. Рабочая группа рассмотрела несколько вариантов того, как Комиссия могла бы продолжить свою работу над этой темой. После тщательного анализа Рабочая группа решила, что Комиссии следует активизировать свою работу по этой теме и подготовить итоговый документ, который имел бы практическую ценность для международного сообщества. Доклад 2013 года послужил основой окончательного доклада

---

[401] На своем 2865-м заседании 4 августа 2005 года (*Ежегодник… 2005 год*, том II (часть вторая), стр. 107, пункт 500). В пункте 5 резолюции 60/22 от 23 ноября 2005 года Генеральная Ассамблея приняла к сведению решение Комиссии о включении данной темы в ее программу работы. Тема была включена в долгосрочную программу работы Комиссии на ее пятьдесят шестой сессии (в 2004 году) на основе предложения, содержащегося в приложении к ежегодному докладу за тот год (*Ежегодник… 2004 год*, том II (часть вторая), стр. 145, пункты 362–363).

[402] Предварительный доклад: *Ежегодник… 2006 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/571; второй доклад: *Ежегодник… 2007 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/585; третий доклад: *Ежегодник… 2008 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/603; и четвертый доклад: *Ежегодник… 2011 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/648.

[403] На своем 2988-м заседании 31 июля 2008 года во время своей шестидесятой сессии Комиссия постановила учредить рабочую группу по данной теме под председательством г-на Алена Пелле, мандат и членский состав которой предстояло определить на шестьдесят первой сессии (см. *Ежегодник… 2008 год*, том II (часть вторая), стр. 174, пункт 315, и *Ежегодник… 2009 год*, том II (часть вторая), стр. 171, пункт 198).

[404] Предложенные общие рамки, подготовленные Рабочей группой, см. в *Ежегоднике… 2009 год*, том II (часть вторая), стр. 172, пункт 204.

[405] На своем 3071-м заседании 30 июля 2010 года Комиссия приняла к сведению устный доклад временного Председателя Рабочей группы (*Ежегодник… 2010 год*, том II (часть вторая), стр. 224–225, пункты 336–340).

[406] «Обзор многосторонних договоров, которые могут иметь значение для работы Комиссии международного права над темой "Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare)"», там же, том II (часть первая), стр. 387, документ A/CN.4/630.

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

[408] На своем 3152-м заседании 30 июля 2012 года Комиссия приняла к сведению устный доклад Председателя Рабочей группы (*Ежегодник… 2012 год*, том II (часть вторая), стр. 84–87, пункты 207–221), и на своем 3189-м заседании 31 июля 2013 года Комиссия приняла к сведению доклад Рабочей группы (*Ежегодник… 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 87, пункт 149).

[409] Доклад Рабочей группы воспроизводится в *Ежегоднике… 2013 год*, том II (часть вторая), приложение I, стр. 98.

Рабочей группы. Рабочая группа также рассмотрела вопросы, которые были охвачены частично или не охвачены ее докладом 2013 года, однако впоследствии были подняты в Шестом комитете в ходе шестьдесят восьмой сессии Генеральной Ассамблеи, а именно пробелы в действующем договорном режиме; передача подозреваемого в международный судебный орган или специальный суд или трибунал в качестве потенциальной «третьей» альтернативы выдаче или судебному преследованию; взаимосвязь между обязательством выдавать или осуществлять судебное преследование и обязательствами erga omnes или нормами jus cogens; статус обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование в международном обычном праве; а также другие вопросы, которые сохраняют актуальность в общих рамках 2009 года[410]. По мнению Рабочей группы, указанные выше вопросы исчерпали все то, что ей оставалось проанализировать в связи с этой темой.

63. На своем 3217-м заседании 7 июля 2014 года Комиссия приняла к сведению доклад Рабочей группы (A/CN.4/L.844), в котором, в частности, содержалась рекомендация Комиссии: *a*) принять доклады 2013−2014 годов, которые служат полезным руководством для государств, и *b*) завершить свое обсуждение темы «Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare)».

64. На своем 3242-м заседании 7 августа 2014 года Комиссия утвердила окончательный доклад по теме «Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare)» (см. раздел C ниже) и постановила завершить свое рассмотрение данной темы. Она также выразила глубокую признательность Председателю Рабочей группы г-ну Криангсаку Киттичасайри за его очень ценный вклад в работу, которая была проведена эффективно и оперативно. Комиссия также с благодарностью отметила работу бывшего Специального докладчика по этой теме г-на Здзислава Галицкого.

C. Окончательный доклад по данной теме

65. Настоящий доклад призван подытожить и высветить определенные аспекты работы Комиссии по теме «Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare)», чтобы оказать содействие государствам в этом вопросе.

1. Обязательство бороться с безнаказанностью в соответствии с принципом верховенства права

1) Комиссия отмечает, что государства выразили желание сотрудничать между собой, а также с компетентными международными трибуналами в борьбе с безнаказанностью преступлений, и в частности правонарушений, вызывающих международную озабоченность[411], и в соответствии с верховенством права[412]. В Декларации совещания на высоком уровне Генеральной Ассамблеи по вопросу о верховенстве права на национальном и международном уровнях главы государств и правительств, а также главы делегаций, присутствовавшие на совещании 24 сентября 2012 года, взяли на себя обязательство «обеспечить непримиримое отношение к безнаказанности за геноцид, военные преступления и преступления против человечности или за нарушения норм международного гуманитарного права и грубые нарушения норм в области прав человека, а также обеспечить надлежащее расследование таких нарушений и соответствующее наказание за них, в том числе путем привлечения к суду ответственных за любые совершенные преступления, используя для этого национальные механизмы или, когда это необходимо, региональные или международные механизмы в соответствии с нормами международного права»[413]. Обязательство сотрудничать в борьбе против безнаказанности предусмотрено в многочисленных конвенциях, в частности посредством обязательств выдавать или осуществлять судебное преследование[414]. Государства широко разделяют мнение о том, что обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование играет ключевую роль в борьбе против безнаказанности[415];

---

[410] См. сноску 404 выше.

[411] См., например, резолюцию 2840 (XXVI) Генеральной Ассамблеи от 18 декабря 1971 года, озаглавленную «Вопрос о наказании военных преступников и лиц, совершивших преступления против человечества»; резолюцию 3074 (XXVIII) Генеральной Ассамблеи от 3 декабря 1973 года о «Принципах международного сотрудничества в отношении обнаружения, ареста, выдачи и наказания лиц, виновных в военных преступлениях и преступлениях против человечества»; а также принцип 18 Принципов эффективного предупреждения и расследования внезаконных, произвольных и суммарных казней, содержащихся в приложении к резолюции 1989/65 Экономического и Социального Совета от 24 мая 1989 года, озаглавленной «Эффективное предупреждение и расследование внезаконных, произвольных и суммарных казней».

[412] Резолюция 67/1 Генеральной Ассамблеи от 24 сентября 2012 года.

[413] Там же, пункт 22.

[414] См. Часть 3 ниже. В деле, касающемся *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (сноска 407 выше), Международный Суд заявляет: «Выдача и судебное преследование являются альтернативными способами борьбы с безнаказанностью в соответствии с пунктом 1 статьи 7 [Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания 1984 года]» (p. 443, para. 50). Суд добавляет, что у «[г]осударств − участников Конвенции есть общая заинтересованность в том, чтобы обеспечить, ввиду разделяемых ими ценностей, предотвращение актов пыток, а в случаях совершения − не допустить безнаказанности совершивших их лиц» (*ibid*., p. 449, para. 68). Суд напоминает, что объект и цель Конвенции заключаются в «повышении эффективности борьбы против пыток, не допуская безнаказанности виновных в подобных деяниях» (p. 451, para. 74; см. также para. 75).

В своем четвертом докладе (*Ежегодник… 2011 год,* том II (часть первая), документ A/CN.4/648, пункты 26–33) Специальный докладчик г-н Здзислав Галицкий подробно рассмотрел вопрос об обязанности сотрудничества в борьбе против безнаказанности. Он привел следующие примеры международных договоров, закладывающих правовую основу обязанности сотрудничать: Статья 1, пункт 3, Устава Организации Объединенных Наций; Декларация о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций (резолюция 2625 (XXV) Генеральной Ассамблеи от 24 октября 1970 года, приложение); преамбула к Римскому статуту Международного уголовного суда 1998 года; и принцип XII Руководящих принципов Комитета министров Совета Европы по пресечению безнаказанности в связи с грубыми нарушениями прав человека, принятых Комитетом министров 30 марта 2011 года (Council of Europe, CM/Del/Dec(2011)1110, 4 April 2011).

[415] Например, Бельгия (*Ежегодник… 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/612, стр. 218, пункт 20); Дания, Исландия, Норвегия, Финляндия и Швеция (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят шестая сессия, Шестой*

это обязательство применимо в отношении широкого круга преступлений, вызывающих серьезную озабоченность международного сообщества, и включено во все секторальные конвенции по борьбе с международным терроризмом, заключенные с 1970 года.

2) Роль, которую обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование играет в международном сотрудничестве в деле борьбы против безнаказанности, признается по меньшей мере со времен Гуго Гроция, который постулировал принцип aut dedere aut punire (либо выдать, либо наказать): «[Государство], в котором находится тот, кто уличен в преступлении, должно или само, по требованию другого государства, наказать по заслугам преступника, или же предоставить это усмотрению соответствующего государства»[416]. В современной лексике слово «наказание» в качестве альтернативы выдачи заменено на «преследование», чтобы лучше отразить возможность признания предполагаемого правонарушителя невиновным.

2. Важность обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование в работе Комиссии международного права

3) Можно считать, что тема «Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare)» была включена в тему «Юрисдикция в отношении преступлений, совершенных вне государственной территории», которая значилась в предварительном перечне из 14 тем для обсуждения на первой сессии Комиссии в 1949 году[417]. Она также затрагивает статью 8 (Установление юрисдикции) и статью 9 (Обязательство в отношении выдачи или судебного преследования) проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, принятого Комиссией на ее сорок восьмой сессии в 1996 году. В статье 9 проекта кодекса предусматривается обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование за геноцид, преступления против человечности, преступления против персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала и военные преступления[418]. Считается, что принцип aut dedere aut judicare проистекает из «ряда многосторонних конвенций»[419], которые содержат это обязательство. Анализ истории проекта кодекса наводит на мысль о том, что статья 9 обусловлена потребностью в действенной системе криминализации и судебного преследования указанных основных преступлений, а не фактической практикой государств и opinio juris[420]. Статья обосновывается тяжестью соответствующих преступлений и желанием бороться с безнаказанностью лиц, совершающих эти преступления[421]. Хотя в проекте кодекса речь идет об основных преступлениях[422], материальная сфера обязательств выдавать или осуществлять судебное преследование охватывает большинство преступлений, вызывающих озабоченность международного сообщества, как указано в пункте 1) выше.

3. Резюме работы

4) Ниже приводится краткое изложение некоторых ключевых аспектов работы Комиссии по данной теме. В прошлом некоторые члены Комиссии, включая Специального докладчика г-на Здзислава Галицкого, ставили под сомнение использование латинской формулы «aut dedere aut judicare», особенно в отноше-

комитет, 26-е заседание, A/C.6/66/SR.26, пункт 10); Швейцария (там же, пункт 18); Сальвадор (там же, пункт 24); Италия (там же, пункт 42); Перу (там же, пункт 64); Беларусь (там же, 27-е заседание, A/C.6/66/SR.27, пункт 41); Российская Федерация (там же, пункт 64); и Индия (там же, пункт 81).

[416] Г. Гроций, «О праве войны и мира – Три книги» (перевод с латинского А.А. Саккетти), Государственное издательство юридической литературы (Москва, 1956), Книга вторая, глава XXI, раздел IV, стр. 508–509.

[417] *Ежегодник… 1949 год*, стр. 281 англ. текста, пункты 16–17; см. также Организация Объединенных Наций, *Работа Комиссии международного права,* 8-е издание, том I (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.12.V.2), стр. 44.

[418] «Без ущерба для юрисдикции международного уголовного суда государство-участник, на территории которого обнаружено лицо, подозреваемое в совершении одного из преступлений, предусмотренного в статье 17 [геноцид], 18 [преступления против человечности], 19 [преступления против персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала] или 20 [военные преступления], выдает это лицо или возбуждает против него судебное преследование». См. также комментарий Комиссии к этой статье, *Ежегодник… 1996 год*, том II (часть вторая), стр. 37–39.

[419] Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, статья 8, пункт 3) комментария, там же, стр. 34.

[420] *Ежегодник… 1994 год*, том II (часть вторая), стр. 87, пункт 142.

[421] Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, статья 8, пункты 3), 4) и 8) комментария, и статья 9, пункт 2) комментария, *Ежегодник… 1996 год*, том II (часть вторая), стр. 34–35 и 38.

[422] В первом чтении в 1991 году проект кодекса охватывал следующие 12 преступлений: агрессия; угроза агрессии; вмешательство; колониальное господство и другие формы иностранного господства; геноцид; апартеид; систематические и массовые нарушения прав человека; исключительно серьезные военные преступления; вербовка, использование, финансирование и обучение наемников; международный терроризм; незаконный оборот наркотических средств; и преднамеренный и серьезный ущерб окружающей среде (см. *Ежегодник… 1991 год*, том II (часть вторая), стр. 109 и далее, пункт 176). На сессиях в 1995 и 1996 годах Комиссия сократила количество преступлений в итоговом проекте кодекса до четырех: агрессия, геноцид, военные преступления и преступления против человечности, − придерживаясь наследия Нюрнбергского трибунала в качестве критерия отбора преступлений для проекта кодекса (см. *Ежегодник… 1995 год*, том II (часть вторая), стр. 15 и далее, пункты 37 и далее, и *Ежегодник... 1996 год*, том II (часть вторая), стр. 19 и далее, пункты 43 и далее). Главной причиной такого подхода, по-видимому, оказались неблагоприятные комментарии 24 государств по поводу списка из 12 преступлений, предложенных в 1991 году (см. *Ежегодник… 1993 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/448 и Add.1, стр. 67 и далее). Пятое преступление – преступления против персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала − было добавлено в последний момент в силу его масштабности, остроты проблемы нападений на такой персонал и «ее основополагающей роли для поддержания мира и безопасности».

Преступление агрессии не входило в положение статьи 9 проекта кодекса. По мнению Комиссии, «[в]ынесение национальным судом одного государства решений по вопросу о том, имела ли место в данном случае агрессия со стороны другого государства, противоречило бы основополагающему принципу международного права par in parem imperium non habet… [и] осуществление национальным судом государства юрисдикции, сопряженной с рассмотрением вопроса о совершении агрессии другим государством, имело бы серьезные последствия для международных отношений и международного мира и безопасности» (проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, статья 8, пункт 14) комментария, *Ежегодник… 1996 год*, том II (часть вторая), стр. 37).

нии термина «judicare», который, по их мнению, не вполне соответствовал объему термина «судебное преследование». Вместе с тем Специальный докладчик на тот момент считал, что было бы преждевременно углубляться в точное определение терминов и было бы лучше оставить это для будущего проекта статьи «Употребление терминов»[423]. В своем докладе Комиссия решила исходить из того, что приоритетность обязательной «выдачи» по сравнению с «судебным преследованием» или наоборот зависит от контекста и применимого правового режима в конкретных ситуациях.

5) Комиссия сочла многочисленные документы полезными в работе, в особенности: подготовленный Секретариатом обзор многосторонних конвенций, которые могут быть полезны Комиссии в ее работе по теме «Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare)»[424] (далее «обзор Секретариата 2010 года»), где указаны многосторонние договоры универсального и регионального охвата, которые содержат положения, объединяющие выдачу и судебное преследование в качестве альтернативы наказанию правонарушителей, а также постановление Международного Суда от 20 июля 2012 года по делу относительно *Вопросов, касающихся обязательства осуществлять судебное преследование или выдавать*[425].

a) *Типология положений многосторонних договоров*

6) Обзор секретариата 2010 года предлагает описание и типологию соответствующих договоров в свете этих положений и содержит анализ работы по разработке текстов некоторых ключевых конвенций, которые стали моделями в этой области. По некоторым положениям в нем также анализируются любые сделанные оговорки. В нем отмечены сходства и различия между рассматриваемыми положениями разных конвенций и их эволюция, а также представлены общие выводы в отношении: *a*) взаимосвязи между выдачей и судебным преследованием в соответствующих положениях; *b*) условий, применимых к выдаче в соответствии с различными конвенциями; *c*) условий, применимых к судебному преследованию в соответствии с различными конвенциями. Конвенции, которые включают в себя такие положения, разбиваются в обзоре на четыре следующие категории: *a*) Международная конвенция по борьбе с подделкой денежных знаков 1929 года и другие конвенции, которые следуют той же модели; *b*) региональные конвенции о выдаче; *c*) Женевские конвенции о защите жертв войны 1949 года и Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I); и *d*) Конвенция о борьбе с незаконным захватом воздушных судов 1970 года и другие конвенции, которые следуют той же модели.

7) Международная конвенция по борьбе с подделкой денежных знаков и другие конвенции, которые следуют той же модели[426], обычно: *a*) криминализуют соответствующее правонарушение, которое государства-участники обязуются сделать наказуемым в соответствии с национальным законодательством; *b*) предусматривают положение о судебном преследовании и экстрадиции, которое учитывает различные точки зрения государств в отношении выдачи своих граждан и осуществления экстерриториальной юрисдикции, причем за последней признается разрешительный, а не обязательный характер; *c*) содержат положения, которые налагают обязательство выдачи, с использованием судебного преследования в случае отказа в выдаче; *d*) устанавливают такой режим выдачи, при котором государства обязуются в определенных обстоятельствах считать правонарушение влекущим выдачу; *e*) содержат положение, согласно которому подход государства к общему вопросу уголовной юрисдикции в качестве вопроса международного права не затрагивается участием этого государства в конвенции; и *f*) содержат оговорку «без ущерба» в отношении уголовного законодательства и системы уголовного правосудия каждого государства. Если одни из договоров, построенных по этой модели, содержат терминологические различия лишь только редакционного характера, то другие существенным образом меняют обязательства, принятые государствами-участниками.

8) Многочисленные региональные конвенции и соглашения по вопросам выдачи также содержат положения, предусматривающие как выдачу, так и осуществление судебного преследования[427], хотя, как правило, в этих документах основной упор ставится на обязательство по выдаче (которое подробно регламентируется), а судебное преследование рассматривается лишь в качестве альтернативы, призванной не допустить безнаказанности в контексте правового сотрудничества. В соответствии с данной моделью

---

[423] Третий доклад Специального докладчика г-на Здзислава Галицкого об обязательстве выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare), *Ежегодник… 2008 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/603, стр. 144, пункты 36–37. В своем предварительном докладе Специальный докладчик представил на обсуждение различные латинские формулы, относящиеся к данной теме, а именно: aut dedere aut punire; judicare aut dedere; aut dedere aut prosequi; aut dedere, aut judicare, aut tergiversari; и aut dedere aut poenam persequi (*Ежегодник… 2006 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/571, стр. 316, пункты 5–8). См. также R. van Steenberghe, «The obligation to extradite or prosecute: clarifying its nature», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9 (2011), pp. 1089–1116, at pp. 1107–1108, относительно формул aut dedere aut punire, aut dedere aut prosequi и aut dedere aut judicare.

[424] A/CN.4/630 (см. сноску 406 выше).

[425] См. сноску 407 выше.

[426] Например, *a*) Конвенция по борьбе с нелегальной торговлей сильнодействующими средствами 1936 года; *b*) Конвенция о предупреждении терроризма и наказании за него 1937 года; *c*) Конвенция о борьбе с торговлей людьми и с эксплуатацией проституции третьими лицами 1950 года; *d*) Единая конвенция о наркотических средствах 1961 года; и *e*) Конвенция о психотропных веществах 1971 года.

[427] К этим документам относятся: *a*) раздел III («О выдаче») книги IV («Международный процесс») Конвенции о международном частном праве 1928 года, также известной как «Кодекс Бустаманте»; *b*) Конвенция о выдаче 1933 года; *c*) Межамериканская конвенция о выдаче 1981 года; *d*) Европейская конвенция о выдаче 1957 года; *e*) Генеральная конвенция о сотрудничестве в судебной области 1961 года (Convention générale de coopération en matière de justice); *f*) Конвенция Экономического сообщества западноафриканских государств о выдаче 1994 года; и *g*) Лондонская система выдачи в рамках Содружества 2002 года.

выдача является одной из гарантий эффективности уголовной юрисдикции. Государства-участники несут общую обязанность выдавать, если только просьба о выдаче не подпадает под особое условие или исключение, включая императивные и дискреционные основания для отказа. Например, выдача граждан может быть запрещена или для ее осуществления могут быть затребованы особые гарантии. Положения заключенных впоследствии соглашений и договоренностей с течением времени претерпевали изменения, в частности в отношении таких условий и исключений[428].

9) Четыре Женевские конвенции о защите жертв войны 1949 года содержат одинаковое положение, согласно которому каждая из высоких договаривающихся сторон обязуется разыскивать лиц, обвиняемых в том, что они совершили или приказали совершить то или иное из серьезных нарушений и, каково бы ни было их гражданство, предать их своему суду. Она сможет также, если она этого пожелает, передавать их в соответствии с положениями своего законодательства для суда другой заинтересованной высокой договаривающейся стороне в том случае, если эта договаривающаяся сторона имеет доказательства, дающие основание для обвинения этих лиц[429]. Следовательно, согласно данной модели обязательство разыскивать предполагаемого правонарушителя и осуществлять судебное преследование не обусловливается какими-либо юрисдикционными соображениями и существует независимо от того, поступает ли от другой стороны просьба о выдаче[430]. Тем не менее выдача является одним из возможных вариантов при том условии, что государство, осуществляющее преследование, имеет доказательства, дающие основания для обвинения. Этот механизм делается применимым к Дополнительному протоколу к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающемуся защиты жертв международных вооруженных конфликтов, 1977 года (Протоколу I) путем отсылки[431].

10) В статье 7 Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов предусматривается, что «Договаривающееся Государство, на территории которого оказывается предполагаемый преступник, если оно не выдает его, обязано без каких-либо исключений и независимо от того, совершено ли преступление на его территории, передать дело своим компетентным органам для целей уголовного преследования». Данная «Гаагская формула» является разновидностью формулы Женевских конвенций о защите жертв войны и послужила моделью для последующих конвенций, направленных на пресечение конкретных правонарушений, прежде всего в борьбе с терроризмом, но также и во многих других сферах (включая пытки, наемничество, преступления против Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала, транснациональную преступность, коррупцию и насильственные исчезновения)[432].

---

[428] Следует также напомнить, что Генеральная Ассамблея приняла Типовой договор о выдаче (резолюция 45/116 от 14 декабря 1990 года, приложение) и Типовой договор о взаимной помощи в области уголовного правосудия (резолюция 45/117 от 14 декабря 1990 года, приложение). См. также Типовой закон о выдаче 2004 года, подготовленный Управлением Организации Объединенных Наций по наркотикам и преступности, размещенный по адресу www.unodc.org/pdf/model_law_extradition.pdf. См. также Пересмотренные руководства по Типовому договору о выдаче и Типовому договору о взаимной помощи в области уголовного правосудия, размещены по адресу www.unodc.org/pdf/model_treaty_extradition_revised_manual.pdf.

[429] Статьи 49, 50, 129 и 146 соответственно Женевской конвенции об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях (Конвенция I), Женевской конвенции об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море (Коннвенция II), Женевской конвенции об обращении с военнопленными (Конвенция III) и Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны (Конвенция IV). В обзоре Секретариата 2010 года объясняется, почему в этих Конвенциях употребляется термин «передавать» вместо «выдавать» (A/CN.4/630 (см. сноску 406 выше), пункт 54).

Как считает Клаус Кресс («Reflection on the *iudicare* limb of the grave breaches regime», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, No. 4 (2009), p. 789), ветвь judicare режима грубых нарушений фактически влечет за собой обязанность расследования и, при необходимости, привлечения к ответственности и осуждения.

[430] См. J. S. Pictet (ed.), *The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary*, vol. IV, Geneva, ICRC, 1958, p. 593.

[431] Статья 85, пункты 1 и 3, и статья 88, пункт 2, Дополнительного протокола к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающегося защиты жертв международных вооруженных конфликтов, 1977 года (Протокол I).

[432] К ним относятся, в частности: *a*) Конвенция о предупреждении и наказании за совершение актов терроризма, принимающих форму преступлений против лиц и связанного с этим вымогательства, когда эти акты носят международный характер, 1971 года; *b*) Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации, 1971 года; *c*) Конвенция о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов, 1973 года; *d*) Европейская конвенция о пресечении терроризма 1977 года; *e*) Конвенция Организации африканского единства о ликвидации наемничества в Африке 1977 года; *f*) Международная конвенция о борьбе с захватом заложников 1979 года; *g*) Конвенция о физической защите ядерного материала 1979 года; *h*) Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания 1984 года; *i*) Межамериканская конвенция о предупреждении пыток и наказании за них 1985 года; *j*) Региональная конвенция СААРК [Ассоциации регионального сотрудничества Южной Азии] о пресечении терроризма 1987 года и Дополнительный протокол к Региональной конвенции СААРК о пресечении терроризма 2004 года; *k*) Протокол 1988 года о борьбе с незаконными актами насилия в аэропортах, обслуживающих международную гражданскую авиацию, дополняющий Конвенцию о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации; *l*) Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства 1988 года; *m*) Конвенция Организации Объединенных Наций о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ 1988 года; *n*) Международная конвенция о борьбе с вербовкой, использованием, финансированием и обучением наемников 1989 года; *o*) Межамериканская конвенция о насильственном исчезновении лиц 1994 года; *p*) Конвенция о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала 1994 года и Факультативный протокол 2005 года к Конвенции о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала; *q*) Межамериканская конвенция против коррупции 1996 года; *r*) Межамериканская конвенция о борьбе с незаконным производством и оборотом огнестрельного оружия, боеприпасов, взрывчатых веществ и других связанных с ними материалов 1997 года; *s*) Конвенция по борьбе с подкупом иностранных должностных лиц при осуществлении международных коммерческих сделок 1997 года; *t*) Международная конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом 1997 года; *u*) Конвенция о защите окружающей среды посредством уголовного законодательства 1998 года; *v*) Конвенция об уголовной ответственности за коррупцию 1999 года; *w*) Второй протокол к Гаагской

(*продолжение сноски на следующей стр.*)

Однако во многих последующих документах первоначальная терминология была изменена, что иногда сказывается на сути обязательств, содержащихся в «Гаагской формуле».

11) В своем особом мнении к постановлению Международного Суда по делу *Вопросы, касающиеся обязательства осуществлять судебное преследование или выдавать* от 20 июля 2012 года судья Юсуф также рассматривает вопрос о типологии «договоров, содержащих формулу aut dedere aut judicare» и разбивает их на две обширные категории[433]. Первая категория международных конвенций включает клаузулы, которые налагают обязательство выдавать какое-либо лицо, при этом судебное преследование становится обязательством лишь после получения отказа в выдаче. Эти конвенции оформлены таким образом, что приоритет на выдачу имеет то государство, на территории которого совершено преступление. Большинство из этих конвенций не налагают каких-либо общих обязательств на государства-участники разыскивать предполагаемого правонарушителя, а преследование государством, на территории которого находится предполагаемый правонарушитель, становится обязательством лишь в том случае, если в выдаче было отказано или если существуют какие-либо факторы, такие как гражданство предполагаемого правонарушителя. Примерами этой первой категории являются пункт 22 статьи 9 Международной конвенции по борьбе с подделкой денежных знаков, статья 15 Конвенции Африканского союза о предупреждении коррупции и борьбе с ней и статья 5 Факультативного протокола к Конвенции о правах ребенка, касающегося торговли детьми, детской проституции и детской порнографии.

Международные конвенции второй категории содержат клаузулы, налагающие обязательство осуществлять судебное преследование, при которых выдача является одним из возможных вариантов, а также клаузулы, налагающие обязательство осуществлять преследование, при которых выдача становится обязательством лишь в том случае, если государство оказывается неспособным передать дело в суд. Такие клаузулы второй категории можно найти, например, в соответствующих положениях четырех Женевских конвенций 1949 года, в статье 7 Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов и пункте 1 статьи 7 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания.

12) В свете вышеизложенного Комиссия считает, что государства при разработке договоров могут сами решать, какая из договорных формул касательно обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование наилучшим образом соответствует их цели в данном конкретном случае. По причине того, что в договорной практике отсутствует единообразие в формулировке, содержании и сфере охвата обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование, попытки Комиссии участвовать в процессе согласования разных договорных клаузул, касающихся обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование, были бы бесполезными[434].

13) Хотя Рабочая группа установила, что сфера охвата обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование в рамках соответствующих конвенций должна быть проанализирована для каждого конкретного случая, она признает, что в более поздних конвенциях, содержащих обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование, могут просматриваться некоторые общие тенденции и общие характеристики. Одной из наиболее значимых тенденций, по-видимому, является применение «Гаагской формулы», которая служит «моделью для большинства современных конвенций о пресечении

(*продолжение сноски 432*)

конвенции о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта 1999 года; *x*) Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма 1999 года; *y*) Факультативный протокол к Конвенции о правах ребенка, касающийся торговли детьми, детской проституции и детской порнографии, 2000 года; *z*) Конвенция Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности 2000 года и Протоколы к ней; *aa*) Конвенция о киберпреступности 2001 года; *bb*) Конвенция Африканского союза о предупреждении коррупции и борьбе с ней 2003 года; *cc*) Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции 2003 года; *dd*) Международная конвенция о борьбе с актами ядерного терроризма 2005 года; *ee*) Конвенция Совета Европы о предупреждении терроризма 2005 года; *ff*) Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений 2006 года; *gg*) Конвенция Ассоциации государств Юго-Восточной Азии (АСЕАН) о противодействии терроризму 2007 года; *hh*) Протокол, дополняющий Конвенцию о борьбе с незаконным захватом воздушных судов, 2010 года; и *ii*) Конвенция о борьбе с незаконными актами в отношении международной гражданской авиации 2010 года.

[433] Особое мнение судьи Юсуфа по делу *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (см. сноску 407 выше), пункты 19–22. См. также обзор Секретариата 2010 года (A/CN.4/630 (сноска 406 выше)), пункт 126. См. также комментарий Бельгии, представленный Комиссии в 2009 году, в котором Бельгия выделила два типа договоров: *a*) договоры, содержащие оговорку aut dedere aut judicare и обусловливающие обязательство осуществлять судебное преследование отказом в удовлетворении просьбы о выдаче предполагаемого преступника; и *b*) договоры, содержащие оговорку judicare vel dedere и обязывающие государства осуществлять универсальную юрисдикцию в отношении исполнителей тяжких преступлений, предусмотренных конвенциями, которые не обусловливают это обязательство наличием отказа в удовлетворении предшествующей просьбы о выдаче (*Ежегодник… 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/612, стр. 214, пункт 2), процитированный Специальным докладчиком г-ном Галицким в его четвертом докладе (*Ежегодник… 2011 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/648, пункт 85 и сноска 86).

[434] Как говорится в обзоре Секретариата 2010 года (A/CN.4/630 (см. сноску 406 выше), пункт 153):

«Изучение договорной практики в этой области показывает, что в разных конвенциях, регулирующих эти вопросы, степень конкретности весьма разная и что существует лишь весьма узкий круг конвенций, в которых установлены идентичные механизмы наказания преступников (в том числе в вопросе связи между выдачей и преследованием). Вариации в изложении положений, касающихся преследования и выдачи, по всей видимости, определяются рядом факторов, включая географический, институциональный и тематический контекст, в котором принималась каждая конвенция… развитие смежных областей международного права, таких как права человека и международная уголовная юстиция. Отсюда следует, что, хотя и можно выявить общие тенденции и общие характеристики в соответствующих положениях, окончательные выводы в отношении точного объема каждого положения можно делать только для каждого случая в отдельности с учетом формулировки положения, общей структуры договора, в котором оно содержится, и соответствующих подготовительных трудов».

конкретных преступлений»[435]. Среди всех конвенций, которые были подготовлены в 1970 году или впоследствии, примерно три четверти конвенций придерживаются «Гаагской формулы». В конвенциях, подготовленных после 1970 года, прослеживается общая тенденция, согласно которой государство местонахождения в случае невыдачи предполагаемого правонарушителя без исключения передает его дело компетентному органу. Это обязательство дополняется положениями, которые требуют от государств-участников: *a*) квалифицировать соответствующее правонарушение в качестве уголовного по своему внутреннему законодательству; *b*) установить юрисдикцию в отношении правонарушений, когда прослежена связь с преступлением или когда предполагаемый правонарушитель находится на территории этого государства и не подлежит выдаче; *c*) разработать положения относительно мер по заключению предполагаемого правонарушителя под стражу и проведению предварительного расследования; и *d*) рассматривать правонарушение в качестве юридического основания для выдачи[436]. Так, в части обязательства, касающейся осуществления судебного преследования, в конвенциях подчеркивается только то, что дело должно быть передано на рассмотрение компетентного органа с целью судебного преследования. В меньшей степени оговаривается, что если государство, в котором содержится предполагаемый правонарушитель, не предпринимает в его отношении никакого судебного преследования, то он должен быть выдан без каких-либо исключений.

14) Комиссия отмечает, что в настоящее время в договорном режиме, регламентирующем обязательство выдавать или осуществлять судебное решение, существуют значительные лакуны, которые, возможно, потребуется заполнить. В частности, существует недостаточно международных конвенций касательно данного обязательства в отношении большинства преступлений против человечности[437], военных преступлений, отличных от серьезных нарушений, и военных преступлений при вооруженных конфликтах немеждународного характера[438]. В отношении геноцида можно было бы укрепить режим международного сотрудничества сверх базового режима, предусмотренного в соответствии с Конвенцией о пресечении преступления геноцида и наказании за него 1948 года. Как пояснил Международный Суд по делу, касающемуся *Применения Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (Босния и Герцеговина против Сербии и Черногории)*, обязательство в соответствии со статьей VI Конвенции применяется в том смысле, что данная статья всего лишь обязывает договаривающиеся стороны устанавливать и осуществлять территориальную уголовную юрисдикцию, а также сотрудничать с «международным уголовным судом» в определенных обстоятельствах[439].

---

[435] Там же, стр. 411, пункт 91.

[436] Там же, стр. 416–417, пункт 109.

[437] Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений 2006 года следует «Гаагской формуле» и ссылается на «чрезвычайную серьезность» данного правонарушения, которое квалифицируется, в случае широкого или систематического распространения, в качестве преступления против человечности. Тем не менее, если не брать в учет данную Конвенцию, существует мало международных конвенций, содержащих обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование, когда дело касается преступлений против человечности.

[438] В основе четырех Женевских конвенций о защите жертв войны лежит принцип установления универсальной юрисдикции в отношении серьезных нарушений Конвенций. Каждая из этих Конвенций содержит статью, описывающую, какие деяния составляют серьезные нарушения, за которой следуют положения о выдаче и судебном преследовании.

В Женевской конвенции об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях (Конвенция I) и Женевской конвенции об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море (Конвенция II) эти статьи совпадают (статьи 50 и 51 соответственно): «К серьезным нарушениям, упомянутым в предыдущей статье, относятся нарушения, связанные с одним из следующих действий, в том случае, если эти действия направлены против лиц или имущества, пользующихся покровительством настоящей Конвенции: преднамеренное убийство, пытки и бесчеловечное обращение, включая биологические эксперименты, преднамеренное причинение тяжелых страданий или серьезного увечья, нанесение ущерба здоровью, незаконное, произвольное и проводимое в большом масштабе разрушение и присвоение имущества, не вызываемые военной необходимостью».

Статья 130 Женевской конвенции об обращении с военнопленными (Конвенция III) предусматривает: «К серьезным нарушениям, упомянутым в предыдущей статье, относятся нарушения, связанные с тем или иным из указанных ниже действий, в тех случаях, когда эти действия направлены против лиц или имущества, на которые распространяется покровительство настоящей Конвенции: преднамеренное убийство, пытки или бесчеловечное обращение, включая биологические эксперименты, преднамеренное причинение тяжелых страданий или серьезного увечья, нанесение ущерба здоровью, принуждение военнопленного служить в вооруженных силах неприятельской державы или лишение его прав на беспристрастное и нормальное судопроизводство, предусмотренное данной Конвенцией».

Статья 147 Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны (Конвенция IV) гласит: «К серьезным нарушениям, упомянутым в предыдущей статье, относятся нарушения, связанные с тем или иным из указанных ниже действий, в тех случаях, когда эти действия направлены против лиц или имуществ, на которые распространяется покровительство настоящей Конвенции: преднамеренное убийство, пытки и бесчеловечное обращение, включая биологические эксперименты, преднамеренное причинение тяжелых страданий или серьезного увечья, нанесение ущерба здоровью, незаконное депортирование, перемещение и арест покровительствуемого лица, принуждение покровительствуемого лица служить в вооруженных силах неприятельской державы или лишение его права на беспристрастное и нормальное судопроизводство, предусмотренное настоящей Конвенцией, взятие заложников, незаконное, произвольное и проводимое в большом масштабе разрушение и присвоение имущества, не вызываемые военной необходимостью».

Четыре Женевские конвенции 1949 года и Дополнительный протокол I 1977 года не устанавливают обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование, за исключением случаев серьезных нарушений. Другие международные договоры, связанные с военными преступлениями, также не содержат этого обязательства.

[439] *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007*, p. 43, at pp. 226–227 and 229, paras. 442 and 449. Статья VI гласит: «Лица, обвиняемые в совершении геноцида или других перечисленных в статье III деяний, должны быть судимы компетентным судом того государства, на территории которого было совершено это деяние, или таким международным уголовным судом, который может иметь юрисдикцию в отношении договаривающихся сторон настоящей Конвенции, признавших юрисдикцию такого суда». В пункте 442 своего решения Суд не исключает другие основания и заявляет, что «статья VI обязует Стороны настоящей Конвенции только устанавливать и осуществлять территориальную уголовную юрисдикцию; хотя

(*продолжение сноски на следующей стр.*)

b) *Осуществление обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование*

15) «*Гаагская формула*». Комиссия считает решение Международного Суда по делу относительно *Вопросов, касающихся обязательства осуществлять судебное преследование или выдавать* полезным в раскрытии некоторые аспектов, имеющих отношение к осуществлению обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование. Постановление ограничивается анализом механизма по борьбе с безнаказанностью в рамках Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания. В частности, в постановлении изучается взаимосвязь между различными статьями об установлении юрисдикции (статья 5), обязательстве участвовать в предварительном расследовании (статья 6) и обязательстве выдавать или осуществлять судебное преследование (статья 7)[440]. В то время как обоснование Суда относится к конкретной реализации и применению вопросов, связанных с Конвенцией, поскольку соответствующие положения Конвенции, касающиеся судебного преследования или выдачи, сформулированы по «Гаагской формуле», постановление Суда также способствует прояснению смысла режима судебного преследования или выдачи в соответствии с Конвенцией о борьбе с незаконным захватом воздушных судов и другими конвенциями, которые следуют той же формуле[441]. Поскольку Суд также постановляет, что запрет пыток является императивной нормой (jus cogens)[442], формула осуществления судебного преследования или выдачи в соответствии с Конвенцией против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания может служить в качестве модели для новых положений о судебном преследовании или выдаче, регулирующих другие категории основных преступлений, которые запрещены нормами jus cogens, такие как геноцид, преступления против человечности и серьезные военные преступления.

16) Суд постановляет, что государства − участники Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания обязаны криминализовать пытку, установить их юрисдикцию в отношении преступления пытки, чтобы снабдить себя необходимыми правовыми инструментами для осуществления судебного преследования за данное правонарушение, а также расследовать факты сразу же после того, как подозреваемое лицо оказывается на их соответствующих территориях. Суд постановляет: «Эти обязательства в своей совокупности могут рассматриваться в качестве элементов единого механизма Конвенции, целью которого является не дать подозреваемым уйти от уголовной ответственности, если их вина доказана»[443]. Пункт 1 статьи 7 налагает обязательство «передать дело в компетентные органы для целей судебного разбирательства», которое Суд также называет «обязательством осуществлять судебное преследование», возникающее вне зависимости от того, поступил ли предварительно запрос на выдачу подозреваемого. Тем не менее на усмотрение национальных органов власти остается решение, нужно ли возбуждать дело в свете имеющихся доказательств и соответствующих норм уголовно-процессуального права[444]. В частности, Суд постановил, что «[в]ыдача – это выбор, который Конвенция предоставляет государству, в то время как судебное преследование – это международное обязательство в соответствии с Конвенцией, нарушение которого является противоправным деянием, влекущим за собой ответственность государства»[445]. Суд также отмечает, что как в Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов, так и в Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания делается акцент на то, что «органы принимают решение таким же образом, как и в случае любого обычного преступления серьезного характера, в соответствии с законодательством этого государства»[446].

17) *Основные элементы обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование, которые необходимо включить в национальное законодательство*. Эффективное выполнение обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование требует принятия необходимых национальных мер по признанию соответствующих правонарушений в качестве уголовных преступлений, установлению юрисдикции в отношении данных правонарушений и лица, находящегося на территории данного государства, проведению расследования или предварительного установления фактов, задержанию подозреваемого и передаче дела органам уголовного преследования (что необязательно приводит к возбуждению дела) или по выдаче, если она была запрошена государством, обладающим необходимой юрисдикцией и способным преследовать подозреваемого в судебном порядке.

(*продолжение сноски 439*)

она, конечно, не препятствует государствам наделять юрисдикцией свои уголовные суды в отношении геноцида, опираясь на критерии, совместимые с международным правом, отличные от того, где было совершено преступление, как, например, национальность обвиняемого лица, она не обязует их поступать таким образом».

[440] *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (см. сноску 407 выше), pp. 450–461, paras. 71–121.

[441] Суд отмечает, что статья 7, пункт 1, Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания основывается на похожем положении, которое содержится в Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов (*ibid*., pp. 454–455, para. 90). Как выразился судья Донохью: «Диспозитивные пункты сегодняшнего заключения являются обязательными только для Сторон. Однако толкование Судом многостороннего договора (или международного обычного права) может иметь последствия для других государств. На далеко идущие последствия правовых вопросов, порождаемых этим делом, указывает большое число вопросов, заданных членами Суда во время устных слушаний» (Заявление судьи Донохью в деле *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite, ibid.*, p. 590, para. 21.)

[442] *Ibid.*, p. 457, para. 99.

[443] *Ibid*., p. 455, para. 91. См. также pp. 451–452 and 456, paras. 74–75, 78 and 94.

[444] *Ibid*., pp. 454–456, paras. 90 and 94.

[445] *Ibid*., p. 456, para. 95.

[446] Статья 7, пункт 2, Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания и статья 7 Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов, *ibid*., para. 90.

18) *Установление необходимой юрисдикции*. Установление юрисдикции является «логичным первым шагом» к исполнению обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование предполагаемого преступника, находящегося на территории государства[447]. Для целей рассматриваемой темы, когда преступление было предположительно совершено на территории другого государства и отсутствует какая-либо связь с государством суда, обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование неизбежно будет отражать осуществление универсальной юрисдикции[448], которая представляет собой «юрисдикцию, позволяющую установить территориальную юрисдикцию в отношении отдельных лиц в связи с событиями, произошедшими вне его территории»[449] в случаях, если ни потерпевшие, ни предполагаемые правонарушители не являются гражданами государства суда и национальным интересам данного государства, предположительно, не было нанесено никакого ущерба. Однако обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование может также отражать осуществление юрисдикции на иных основаниях. Таким образом, если у государства существует другое основание для осуществления юрисдикции, универсальная юрисдикция не обязательно должна задействоваться для целей выполнения обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование.

Универсальная юрисдикция является ключевой составляющей уголовного преследования предполагаемых исполнителей преступления, особенно когда лица, совершившие преступления, которые вызывают обеспокоенность международного сообщества, не подвергаются судебному преследованию по месту совершения преступления[450]. Ряд международных договоров, например, четыре очень широко ратифицированных Женевских конвенции о защите жертв войны и Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания требуют осуществления универсальной юрисдикции в отношении правонарушений, охватываемых данными договорами, или же выдачи предполагаемых правонарушителей другому государству для судебного преследования.

19) *Задержка с принятием законодательства*. Согласно решению Суда в деле относительно *Вопросов, касающихся обязательства осуществлять судебное преследование или выдавать* задержка с принятием необходимого законодательства для осуществления судебного преследования подозреваемых негативно влияет на исполнение государством-участником обязательства проводить предварительное следствие и передавать дело компетентным органам для целей уголовного преследования[451]. Обязательство государства не ограничивается принятием законодательства. Государство должно также реально осуществлять свою юрисдикцию над подозреваемым, начиная с установления фактов[452].

20) *Обязательство проводить расследование*. Согласно решению Суда в деле относительно *Вопросов, касающихся обязательства осуществлять судебное преследование или выдавать* обязательство проводить расследование состоит из нескольких элементов:

Как общее правило, обязательство проводить расследование должно истолковываться в свете объекта и цели применимого договора, заключающихся в повышении эффективности борьбы против безнаказанности[453];

Цель данного обязательства заключается в подтверждении обоснованности подозрений в отношении соответствующего лица[454]. Исходной посылкой является установление соответствующих фактов, что представляет собой существенный этап в процессе борьбы против безнаказанности[455];

Власти обязаны проводить расследование, как только у них появляется причина подозревать лицо, находящееся на их территории, в деяниях, влекущих за собой выполнение обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование. Они должны незамедлительно приступать к предварительному следствию. Это следствие должно начинаться не позднее, чем после подачи первой жалобы против данного лица[456], когда установление фактов становится обязательным[457];

---

[447] Report of the AU-EU Technical ad hoc Expert Group on the Principle of Universal Jurisdiction (8672/1/09/Rev.1), annex, para. 11. В деле *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (см. сноску 407 выше) Международный Суд отмечает, что исполнение обязательств по установлению универсальной юрисдикции местных судов государствами – участниками Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания является необходимым условием для проведения предварительного следствия и передачи дела компетентным органам для целей уголовного преследования (p. 451, para. 74).

[448] По словам одного из авторов, «[п]ринцип aut dedere aut judicare совпадает с универсальной юрисдикцией в случае, когда единственной связью между государством и предполагаемым преступлением или подозреваемым является само присутствие данного лица на его территории» (M. Inazumi, *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law,* Antwerp/Oxford, Intersentia, 2005, p. 122).

[449] *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, pp. 3 *et seq*.; см., в частности, совместное особое мнение судей Хиггинс, Койманса и Бюргенталя, p. 75, para. 42.

[450] Следует напомнить, что «Обязательство в отношении выдачи или судебного преследования» в статье 9 проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества 1996 года тесно связано с «Установлением юрисдикции» по его статье 8, согласно которой каждое государство-участник должно принимать такие меры, которые могут быть необходимы для установления своей юрисдикции в отношении геноцида, преступлений против человечности, преступлений против Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала и военных преступлений, независимо от того, где и кем были совершены эти преступления. Из комментария Комиссии к статье 8 очевидно, что предусматривается универсальная юрисдикция (*Ежегодник… 1996 год*, том II (часть вторая), стр. 35, пункт 7)).

[451] *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (см. сноску 407 выше), pp. 451–452, paras. 76–77.

[452] *Ibid.*, p. 453, para. 84.

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

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

[455] *Ibid*., pp. 453-454, paras. 85−86.

[456] *Ibid.*, p. 454, para. 88.

[457] *Ibid.*, para. 86.

Однако простой допрос подозреваемого с целью установления его/ее личности и уведомления о выдвинутых обвинениях не может расцениваться как исполнение обязательства проводить предварительное следствие[458];

Следствие должно проводиться властями, задача которых заключается в подготовке материалов дела и сборе фактов и доказательств (например, документов и свидетельских показаний относительно рассматриваемых событий и возможной причастности подозреваемого). Речь идет о властях государства, в котором было совершено предполагаемое преступление, или любого другого государства, где были поданы жалобы, имеющие отношение к данному делу. Для выполнения своего обязательства проводить предварительное следствие государству местонахождения подозреваемого следует сотрудничать с вышеупомянутыми государствами[459];

Следствие, проводимое на основе принципа универсальной юрисдикции, должно осуществляться в соответствии с теми же стандартами в отношении доказательств, что и в случае, когда юрисдикция государства основана на существующей связи с рассматриваемым делом[460].

21) *Обязательство осуществлять судебное преследование*. Согласно решению Суда в деле относительно *Вопросов, касающихся обязательства осуществлять судебное преследование или выдавать* обязательство осуществлять судебное преследование состоит из нескольких элементов:

По сути, обязательство осуществлять судебное преследование представляет собой обязательство по передаче дела органам уголовного преследования, оно не предполагает обязательство по возбуждению преследования. Так, в зависимости от наличия доказательств выполнение данного обязательства не всегда приводит к возбуждению дела[461]. Компетентные органы принимают решение о возбуждении дела согласно законодательству соответствующего государства, как и в случае с любым другим тяжким преступлением[462];

Процедура, связанная с выполнением обязательства осуществлять судебное преследование, должна осуществляться безотлагательно, в максимально короткие сроки, особенно в случае, если на подозреваемого уже была подана первая жалоба[463];

Своевременность судебного преследования должна гарантировать защиту от несправедливости; следовательно, необходимые действия должны быть предприняты в разумные сроки[464].

22) *Обязательство выдавать*. Что касается обязательства выдавать:

Выдача может осуществляться только в государство, обладающее в том или ином качестве юрисдикцией, необходимой для того, чтобы подвергнуть предполагаемого правонарушителя уголовному преследованию в соответствии с международно-правовым обязательством, связывающим государство местонахождения данного лица[465];

Выполнение обязательства в отношении выдачи не может быть заменено высылкой, чрезвычайной выдачей или любой другой неофициальной формой отправки подозреваемого в другое государство[466]. Официальные просьбы о выдаче предполагают соблюдение важных гарантий защиты прав человека, которые могут отсутствовать в рамках неофициальных форм отправки подозреваемого в другое государство, например при чрезвычайной выдаче. В законодательстве о выдаче большинства, если не всех государств подразумевается соблюдение определенных требований, в том числе принципа двойной уголовной ответственности, ne bis in idem, nullem crimen sine lege, неизменности условий и невысылки подозреваемого, обвинения против которого основаны на признаках этнической принадлежности, вероисповедания, гражданства или политических убеждений.

23) *Соответствие объекту и цели*. Предпринятые государством шаги должны толковаться в свете объекта и цели соответствующего международного договора или любого другого источника международного обязательства, связывающего данное государство, что обеспечивает повышение эффективности борьбы против безнаказанности[467]. Следует также напом-

---

[458] *Ibid*., pp. 453-454, para. 85.

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

[460] *Ibid.*, para. 84.

[461] См. также *Chili Komitee Nederland v. Public Prosecutor*, 4 January 1995, Court of Appeal of Amsterdam, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 28 (1997), pp. 363–365, в котором Апелляционный суд подтвердил обоснованность отказа прокурора Нидерландов от преследования бывшего чилийского президента Пиночета во время его визита в Амстердам, так как Пиночет мог обладать иммунитетом от судебного преследования, а все необходимые доказательства для обоснования его судебного преследования находились в Чили, с которой у Нидерландов отсутствовали соглашения о сотрудничестве в отношении уголовного судопроизводства. См. K.N. Trapp, *State Responsibility for International Terrorism: Problems and Prospects*, Oxford University Press, 2011, p. 88, footnote 132.

[462] *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (см. сноску 407 выше), pp. 454–456, paras. 90 and 94.

[463] *Ibid*., pp. 460–461, paras. 115–117.

[464] *Ibid.*, paras. 114–115. См. особое мнение судьи Кансаду Триндаде по этому делу, at pp. 546–548, paras. 148, 151−153; несогласное мнение судьи ad hoc Сюр по этому же делу, at p. 620, para. 50; и несогласное мнение судьи Сюэ, at p. 578, para. 28.

[465] *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (см. сноску 407 выше), p. 461, para. 120.

[466] См. проект статьи 12 проекта статей о высылке иностранцев, принятого Комиссией во втором чтении в ходе нынешней сессии (см. стр. 40 выше), и European Court of Human Rights, *Bozano v. France*, Judgment of 18 December 1986 (сноска 44 выше), paras. 52–60, дело, в котором Европейский суд по правам человека постановил, что выдача, замаскированная под высылку с целью обойти требования выдачи, является противозаконной и несовместимой с правом человека на личную неприкосновенность, гарантированным статьей 5 Европейской конвенции по правам человека.

[467] См. аргументацию Международного Суда в деле, касающемся *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (см. сноску 407 выше), pp. 453–454, paras. 85–86. В силу этих обстоятельств Суд постановил, что финансовые трудности не могут служить оправданием для невыполнения Сенегалом своих обязательств в рамках Конвенции против пыток и других жестоких,

нить о том, что в силу статьи 27 Венской конвенции 1969 года, в которой отражено международное обычное право, государство − участник договора не может ссылаться на положения своего внутреннего права в качестве оправдания невыполнения им договора[468]. Кроме того, предпринимаемые шаги должны соответствовать верховенству права.

24) В случаях тяжких преступлений, вызывающих озабоченность международного сообщества, цель обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование состоит в том, чтобы не допустить безнаказанности лиц, предположительно совершивших преступление, посредством обеспечения того, чтобы они не могли найти убежище в каком-либо государстве[469].

25) *Временна́я сфера действия обязательства*. Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование на основании какого-либо договора распространяется только на факты, которые имели место после вступления договора в силу для указанного государства, «[е]сли иное намерение не явствует из договора или не установлено иным образом»[470]. После присоединения государства к договору, содержащему обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование, оно имеет право требовать от другого государства соблюдения обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование[471]. Таким образом, как только договор, содержащий обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование, вступает в силу в отношении данного государства, оно должно выполнять обязательство по криминализации деяний, запрещенных данным договором, и установлению в отношении этих деяний необходимой юрисдикции[472]. Однако ничто не мешает государству проводить расследование или осуществлять судебное преследование в отношении деяний, совершенных до вступления договора в силу для такого государства[473].

26) *Последствия несоблюдения обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование*. В деле *Вопросы, касающиеся обязательства осуществлять судебное преследование или выдавать* Суд пришел к выводу, что нарушение международного обязательства в рамках Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания является противоправным деянием, влекущим за собой ответственность государства[474]. Государство считается нарушающим данное обязательство до тех пор, пока не были приняты все меры для его выполнения[475]. В статьях Комиссии об ответственности государств за международно-противоправные деяния предусматривается, что совершение международно-противоправного деяния, относимого на счет самого государства, влечет за собой юридические последствия, включая прекращение и неповторение деяния (статья 30), возмещение (статьи 31 и 34−39) и контрмеры (статьи 49−54)[476].

27) *Связь между обязательством и «третьей альтернативой»*. Благодаря созданию Международного уголовного суда и различных международных уголовных трибуналов ad hoc государство, несущее обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование обвиняемого, может теперь прибегнуть к третьей альтернативе − передаче подозреваемого компетентному международному уголовному трибуналу[477]. Такая третья альтернатива оговорена в пункте 1 статьи 11 Международной конвенции для защиты всех лиц от насильственных исчезновений 2006 года[478].

28) В своем несогласном мнении по делу относительно *Вопросов, касающихся обязательства осуществлять судебное преследование или выдавать* судья Сюэ высказывает мнение о том, что, если бы Сенегал выдал предполагаемого правонарушителя международному уголовному трибуналу, специально образованному Африканским союзом, он не нарушил бы свое обязательство осуществлять судебное преследование по статье 7 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, поскольку целью создания подобного трибунала было бы осуществление цели Конвенции и такая выдача не запрещена ни самой Конвенцией, ни практикой госу-

---

бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (*ibid*., p. 460, para. 112). Подобным же образом обращение к Африканскому союзу за консультацией не является оправданием промедления Сенегала с выполнением своих обязательств в рамках данной Конвенции (*ibid*.).

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

[469] *Ibid.*, p. 461, para. 120. Согласно объяснению судьи Кансаду Триндаде, «[п]оведение государства должно способствовать соблюдению обязательства в отношении результата (в данном случае речь идет о запрете пыток). Государство не может оправдываться тем, что, несмотря на надлежащее поведение, полное выполнение его обязательства (по запрещению пыток и судебному преследованию лиц, совершивших подобные деяния) оказалось невозможным из-за недостатков или трудностей, связанных с его внутренним правом, а Суд не может считать дело прекращенным из-за предполагаемого "надлежащего поведения" соответствующего государства» (*ibid.*, p. 508, para. 50, см. также всю его аргументацию, at pp. 505–508, paras. 44–51).

[470] *Ibid.*, pp. 457–458, paras. 100–102, со ссылкой на статью 28 Венской конвенции 1969 года, которая отражает международное обычное право.

[471] *Ibid.*, p. 458, paras. 103−105.

[472] *Ibid.*, p. 451, para. 75.

[473] *Ibid*., p. 458, paras. 102 and 105.

[474] *Ibid*., p. 456, para. 95.

[475] *Ibid.*, pp. 460-461, para. 117.

[476] *Ежегодник… 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, пункты 76–77. Статьи об ответственности государств за международно-противоправные деяния, принятые Комиссией на ее пятьдесят третьей сессии, воспроизводятся в приложении к резолюции 56/83 Генеральной Ассамблеи от 12 декабря 2001 года.

[477] В статье 9 проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества 1996 года указывается, что обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование в силу данной статьи «не наносит ущерба юрисдикции международного уголовного суда» (*Ежегодник… 1996 год*, том II (часть вторая), стр. 37).

[478] «Если предполагаемый исполнитель преступления насильственного исчезновения обнаруживается на территории, находящейся под юрисдикцией государства-участника, и если это государство не выдает указанное лицо или не передает его другому государству в соответствии со своими международными обязательствами или международному уголовному суду, чью компетенцию оно признает, то оно направляет данное дело своим компетентным органам для уголовного преследования».

дарств[479]. Разумеется, если «иное намерение явствует из договора или установлено иным образом»[480], с тем чтобы не допустить передачи предполагаемого правонарушителя международному уголовному трибуналу, подобная передача не освобождает государства-участники договора от обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование данного лица согласно их соответствующим национальным правовым системам.

29) Высказывается мысль о том, что в свете растущего значения международных уголовных трибуналов эту третью альтернативу следует включать в положения новых договоров относительно обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование, а также в национальное законодательство.

30) *Дополнительное замечание*. Государство может также пожелать выполнить обе части обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование, например, путем осуществления преследования, предания суду и назначения наказания правонарушителю, а затем путем его выдачи или передачи другому государству для приведения приговора в исполнение[481].

c) *Пробелы в действующем договорном режиме и «третья альтернатива»*

31) Как отмечалось в пункте 14) выше, Комиссия вновь отмечает, что в нынешнем договорном режиме, регулирующем обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование, существуют важные пробелы, в частности в связи с большинством преступлений против человечности, военных преступлений, не являющихся серьезными нарушениями, а также военных преступлений, совершенных в ходе немеждународного вооруженного конфликта. Кроме того, Комиссия отмечает, что она включила в свою программу работы в 2014 году тему преступлений против человечности, которая будет включать в качестве одного из элементов нового договора обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование за совершение этих преступлений[482]. Далее она предположила, что в отношении геноцида можно было бы укрепить режим международного сотрудничества сверх режима, предусмотренного Конвенцией о предупреждении преступления геноцида и наказании за него 1948 года[483].

32) Вместо разработки ряда типовых положений для устранения пробелов в действующем договорном режиме в отношении обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование Комиссия напоминает о том, что обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование за совершение среди прочего геноцида, преступлений против человечности и военных преступлений уже предусмотрено статьей 9 проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества 1996 года, где сказано:

> Без ущерба для юрисдикции международного уголовного суда государство-участник, на территории которого обнаружено лицо, подозреваемое в совершении одного из преступлений, предусмотренного в статье 17 [геноцид], 18 [преступления против человечности], 19 [преступления против персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала] или 20 [военные преступления], выдает это лицо или возбуждает против него судебное преследование[484].

33) Комиссия также ссылается на «Гаагскую формулу», приведенную в пункте 10) выше. Как отмечается в этом пункте, «Гаагская формула» послужила моделью для большинства современных конвенций, предусматривающих обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование[485], включая Конвенцию Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности и Конвенцию Организации Объединенных Наций против коррупции, которая упоминалась несколькими делегациями в Шестом комитете в 2013 году в качестве возможной модели устранения пробелов в договорном режиме. Кроме того, постановление Международного Суда по делу относительно *Вопросов, касающихся обязательства осуществлять судебное преследование или выдавать* помогает интерпретировать «Гаагскую формулу»[486]. Комиссия рекомендует государствам учитывать «Гаагскую формулу» при принятии мер по устранению каких-либо пробелов в действующем договорном режиме.

34) Комиссия далее отмечает, что некоторые государства[487] задали вопрос о связи между обязательством выдавать или осуществлять судебное преследование и передачей подозреваемого в международный или специальный суд или трибунал, в то время как другие государства[488] относятся к такой передаче иначе, чем к выдаче. Как отмечается в пункте 27) выше, обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование может быть выполнено путем передачи предполагаемого правонарушителя

---

[479] *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (см. сноску 407 выше), несогласное мнение судьи Сюэ, at p. 582, para. 42 (несогласие по другим вопросам).

[480] Статья 28 Венской конвенции 1969 года.

[481] Об этой возможности упомянул в своем предварительном докладе Специальный докладчик г-н Здзислав Галицкий, *Ежегодник… 2006 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/571, стр. 324, пункты 49–50.

[482] *Ежегодник… 2013 год*, том II (часть вторая), приложение II.

[483] Там же, приложение I, пункт 20. В исследовании института «Чатем хаус» предлагается сконцентрировать будущую работу Комиссии по этой теме на установлении договорного обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование применительно к основным международным преступлениям и взять при этом за основу механизм выдачи или осуществления судебного преследования, описанный в статье 7 Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов и включенный в Конвенцию против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания 1984 года и совсем недавно в Международную конвенцию для защиты всех лиц от насильственных исчезновений 2006 года. См. M. Zgonec-Rožej and J. Foakes, «International criminals: extradite or prosecute?» Chatham House Briefing Paper, IL BP 2013/01, July 2013.

[484] *Ежегодник… 1996 год*, том II (часть вторая), стр. 37; см. также комментарий Комиссии к этой статье, там же, стр. 37–39.

[485] См. *Ежегодник… 2013 год*, том II (часть вторая), приложение I, пункт 16 и сопутствующая сноска 29. См. также пункт 10) выше и сноску к нему.

[486] *Ежегодник… 2013 год*, том II (часть вторая), приложение I, пункты 21–22. См. также пункты 15) и 16) выше.

[487] Таиланд, Франция и Чили.

[488] Канада и Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии.

компетентному международному уголовному суду[489]. В пункте 1 статьи 11 Международной конвенции для защиты всех лиц от насильственных исчезновений от 2006 года содержится соответствующее положение, в котором указано:

> Если предполагаемый исполнитель [геноцида/преступления против человечности/военного преступления] обнаруживается на территории, находящейся под юрисдикцией государства-участника, и если это государство не выдает указанное лицо или не передает его другому государству в соответствии со своими международными обязательствами или международному уголовному суду, чью компетенцию оно признает, то оно направляет данное дело своим компетентным органам для уголовного преследования.

35) В соответствии с этим положением обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование может быть выполнено посредством «третьей альтернативы», которая заключалась бы в передаче государством предполагаемого правонарушителя компетентному международному уголовному трибуналу или компетентному суду, чью юрисдикцию соответствующее государство признает. Такой компетентный трибунал или суд может по своему характеру напоминать чрезвычайные африканские палаты, созданные в судебной системе Сенегала на основе соглашения от 22 августа 2012 года между Сенегалом и Африканским союзом для осуществления судебного разбирательства по делу г-на Хабре в результате вынесения решения по делу относительно *Вопросов, касающихся обязательства осуществлять судебное преследование или выдавать*[490]. Такого рода «интернационализация» в рамках национальной судебной системы не уникальна. Чрезвычайные африканские палаты, будучи судом, созданным на основании соглашения между Сенегалом и Африканским союзом и предполагающим участие в их работе национальных и иностранных судей, повторяют модель чрезвычайных палат в судах Камбоджи, Специального суда по Сьерра-Леоне и Специального трибунала по Ливану.

36) Вышеупомянутые примеры демонстрируют основные элементы положения, содержащего обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование, и могут помочь государствам в выборе формулы, которую они считают наиболее приемлемой для конкретного контекста.

d) *Выбор приоритета между обязательством осуществлять судебное преследование и обязательством выдавать и сфера охвата обязательства осуществлять судебное преследование*

37) Комиссия принимает к сведению предложение, высказанное одной из делегаций[491] в Шестом комитете в 2013 году, о проведении анализа этих двух аспектов этой темы. Кроме того, она отмечает предложения других делегаций[492] о создании Комиссией общей концепции правонарушений, влекущих за собой выдачу, или руководящих принципов выполнения обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование. Она хотела бы обратить внимание на обзор Секретариата 2010 года[493] и пункты 6)−13) выше, в которых рассматриваются эти вопросы.

38) Резюмируя, можно сказать, что, помимо основных общих характеристик, положения многосторонних конвенций, предусматривающие обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование, существенно различаются по своим формулировкам, содержанию и сфере охвата. Это особенно касается налагаемых на государства условий для выдачи и осуществления судебного преследования, а также взаимосвязи между этими двумя способами действий. Хотя связь между обязательством выдавать и обязательством осуществлять судебное преследование не всегда бывает одинаковой, представляется, что соответствующие положения можно разделить на две основные категории: *a*) те, согласно которым обязательство осуществлять судебное преследование появляется лишь в результате отказа выдать предполагаемого правонарушителя по соответствующей просьбе, и *b*) те, которые налагают обязательство осуществлять судебное преследование ipso facto при нахождении предполагаемого правонарушителя на территории государства, которое может быть освобождено от этого обязательства в случае выдачи данного лица.

39) Договоры, содержащие положения первой категории, налагают на государства-участники (по крайней мере на тех из них, которые не имеют особой связи с правонарушением) обязательство осуществлять судебное преследование лишь в случае отказа удовлетворить запрос о выдаче, а не обязательство ipso facto преследовать в судебном порядке предполагаемого правонарушителя, находящегося на их территории. Они признают, что государство может отказать в удовлетворении запроса о выдаче какого-либо лица на основаниях, указанных либо в самом договоре, либо в национальном законодательстве. Однако в случае отказа в выдаче государство обязано преследовать это лицо в судебном порядке. Иными словами, эти договоры устанавливают определенный приоритет варианта выдачи и предусматривают альтернативу судебного преследования в качестве гаран-

---

[489] См. также Council of Europe, *Extradition, European Standards: Explanatory Notes on the Council of Europe Convention and Protocol and Minimum Standards Protecting Persons subject to Transnational Criminal Proceedings*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2006, где указано, что «[в] области международных уголовных судов этот принцип [aut dedere aut judicare] можно интерпретировать lato sensu как предполагающий обязанность государства передавать соответствующее лицо под юрисдикцию международного органа, такого как Международный уголовный суд» (p. 119, сноска опущена).

[490] Подписано в Дакаре 22 августа 2012 года (см. ILM, vol. 52 (2013), pp. 1024 *et seq*.). Чрезвычайные африканские палаты уполномочены преследовать в судебном порядке лицо или лиц, несущих основную ответственность за международные преступления, совершенные в Чаде в период с 7 июня 1982 года по 1 декабря 1990 года. Как судебная камера, так и апелляционная камера состоят из двух сенегальских судей и одного несенегальского судьи, который выполняет роль председателя в ходе судебного разбирательства. См. Statute of the Extraordinary African Chambers, articles 3 and 11, ILM, *ibid*., pp. 1028 and 1030–1031.

[491] Делегация Мексики.

[492] Соответственно делегации Беларуси и Кубы.

[493] A/CN.4/630 (см. сноску 406 выше).

тии от безнаказанности[494]. Кроме того, инструменты этой категории могут предусматривать совершенно различные механизмы наказания правонарушителей, что может повлиять на взаимодействие между процессами выдачи и судебного преследования. В некоторых случаях существуют подробные положения о судебном преследовании за правонарушения, которые являются объектом договора, а в других случаях более подробно регулируется процесс выдачи. Международная конвенция по борьбе с подделкой денежных знаков 1929 года и последующие основанные на ней конвенции[495] принадлежат к первой категории[496]. Многосторонние конвенции о выдаче также принадлежат к этой категории[497].

40) Положения второй категории налагают на государства обязательство осуществлять судебное преследование ipso facto, которое возникает, как только будет подтверждено присутствие предполагаемого правонарушителя на территории соответствующего государства, независимо от наличия запроса о выдаче. Лишь когда поступает запрос о выдаче, государство может по своему усмотрению выбирать между выдачей или судебным преследованием[498]. Наиболее наглядным примером положений этой категории является соответствующая общая статья Женевских конвенций о защите жертв войны, которая предусматривает, что каждое государство-участник «обязуется передавать» лиц, обвиняемых в том, что они совершили или приказали совершить серьезные нарушения этих Конвенций, каково бы ни было их гражданство, своему суду, однако «сможет также, если этого пожелает», передавать таких лиц для судебного разбирательства другому соответствующему государству-участнику[499]. Что касается «Гаагской формулы», то ее формулировка не позволяет однозначно решить вопрос о том, возникает ли обязательство осуществлять судебное преследование ipso facto или только после того, как была получена и не была удовлетворена просьба о выдаче[500]. В этой связи показательными являются выводы Комитета против пыток и Международного Суда по делу относительно *Вопросов, касающихся обязательства осуществлять судебное преследование или выдавать* в отношении аналогичного положения, содержащегося в статье 7

---

[494] Там же, пункт 132. Таким образом, эти конвенции, как представляется, идут именно тем путем, который первоначально предвидел Гуго Гроций, когда он ссылался на принцип aut dedere aut punire (Гроций (сноска 416 выше), стр. 508–509, в частности стр. 508).

[495] Например, Конвенция по борьбе с нелегальной торговлей сильнодействующими средствами 1936 года; Конвенция о предупреждении терроризма и наказании за него 1937 года; Конвенция о борьбе с торговлей людьми и с эксплуатацией проституции третьими лицами 1950 года; Единая конвенция о наркотических средствах 1961 года; и Конвенция о психотропных веществах 1971 года. См. также обзор Секретариата 2010 года (A/CN.630 (сноска 406 выше)), пункт 29.

[496] Общая структура механизма наказания правонарушителей в этих конвенциях основана на идее о том, что государство, на территории которого было совершено преступление, будет просить о выдаче преступника, бежавшего в другое государство, и что, в принципе, этот запрос о выдаче должен быть удовлетворен. Вместе с тем эти конвенции признают, что государства могут быть не в состоянии выдать это лицо в некоторых случаях (прежде всего, когда это лицо является их гражданином или они предоставили ему убежище), и предусматривают обязательство осуществлять судебное преследование в качестве альтернативы (см. обзор Секретариата 2010 года (A/CN.4/630 (сноска 406 выше)), пункт 133 и сноска 327, с цитатой Marc Henzelin, *Le principe de l'universalité en droit pénal international. Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et de juger selon le principe de l'universalité*, Basel/Geneva, Helbing and Lichtenhahn/Faculté de droit de Genève/Bruylant, 2000, p. 286, который квалифицирует эту систему как primo dedere secundo prosequi).

[497] Например, Межамериканская конвенция о выдаче 1981 года; Европейская конвенция о выдаче 1957 года; Генеральная конвенция о сотрудничестве в судебной области 1961 года; Конвенция о выдаче Экономического сообщества западноафриканских государств 1994 года; и Лондонская система выдачи в рамках Содружества 2002 года. Эти конвенции основаны на общем обязательстве государств-участников передавать друг другу всех лиц, против которых компетентные органы запрашивающей стороны осуществляют преследование за преступление или которые разыскиваются для применения наказания или во исполнение ордера на арест. Однако на это обязательство осуществлять выдачу распространяется целый ряд исключений, особенно в случае, когда лицо, которое просят выдать, является гражданином запрашиваемого государства. В этих конвенциях предусматривается альтернативное обязательство осуществлять преследование предполагаемого правонарушителя, когда в его выдаче отказано, в качестве механизма для недопущения безнаказанности. См. также обзор Секретариата 2010 года (A/CN.4/630 (сноска 406 выше), пункт 134).

[498] Обзор Секретариата 2010 года (A/CN.4/630 (сноска 406 выше)), пункт 127 и сноска 262. К лицам, считающим, что обвиняемый должен находиться на территории соответствующего государства в качестве предварительного условия для констатации универсальной юрисдикции, относятся судьи Хиггинс, Койманс и Бюргенталь (совместное особое мнение по делу *Arrest Warrant* (сноска 449 выше), p. 80, para. 57). См. также особое мнение судьи Гийома, *ibid*., para. 9; и G. Guillaume, «Terrorisme et droit international», *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 215 (1990), pp. 368–369. Однако Хензелин (сноска 496 выше) утверждает, что наличие предполагаемого правонарушителя на территории государства не обязательно для его судебного преследования согласно соответствующему положению Женевских конвенций 1949 года (p. 354).

[499] Хотя это положение, как представляется, устанавливает определенный приоритет в пользу преследования со стороны государства местонахождения, в нем также признается, что это государство может по своему усмотрению выбрать вариант выдачи, при условии, что запрашивающее государство представило доводы prima facie (см. обзор Секретариата 2010 года (A/CN.4/630 (сноска 406 выше)), пункт 128, где цитируется D. Costello, «International terrorism and the development of the principle *aut dedere aut judicare*», *The Journal of International Law and Economics*, vol. 10 (1975), p. 486; M. C. Bassiouni and E. M. Wise, *Aut Dedere Aut Judicare: the Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff, 1995, p. 15; и C. Maierhöfer, «*Aut Dedere – Aut Judicare». Herkunft, Rechtsgrundlagen und Inhalt des völkerrechtlichen Gebotes zur Strafverfolgung oder Auslieferung*, Berlin, Duncker and Humblot, 2006, pp. 349–350. Что касается авторов, которые подчеркивают приоритет преследования в Женевских конвенциях 1949 года, см. L. Condorelli, «Il sistema della repressione dei crimini di guerra nelle Convenzioni di Ginevra del 1949 e nel primo Protocollo addizionale del 1977», в P. Lamberti Zanardi and G. Venturini (eds.), *Crimini di guerra e competenza delle giurisdizioni nazionali: Atti del Convegno, Milano, 15–17 maggio 1997*, Milan, Giuffrè, 1998, pp. 35–36; и Henzelin (сноска 496 выше), p. 353 (он считает, что в Женевских конвенциях о защите жертв войны закреплена модель primo prosequi secundo dedere). См. также пункт 2 статьи 88 Дополнительного протокола к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающегося защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I), в соответствии с которым государства-участники «надлежащим образом учитывают просьбу государства, на территории которого якобы было совершено данное правонарушение», что подразумевает идею желательности преследования со стороны последнего государства.

[500] В статье 7 Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов указано, что «Договаривающееся Государство, на территории которого оказывается предполагаемый преступник, если оно не выдает его, обязано... передать дело своим компетентным органам для целей уголовного преследования».

Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания 1984 года[501]. Комитет против пыток объяснил, что

> обязательство преследовать в судебном порядке лицо, подозреваемое в совершении актов пыток, не зависит от предварительного получения ходатайства о выдаче такого лица. Такая альтернатива, которой располагает государство-участник в соответствии со статьей 7 Конвенции, возникает лишь тогда, когда подобная просьба о выдаче была действительно направлена, и она соответственно предоставляет государству-участнику возможность выбора между: a) проведением упомянутой выдачи или b) передачей данного дела своим собственным судебным органам для возбуждения судебного преследования, ибо цель этого положения заключается в предотвращении безнаказанности любых лиц, совершивших акты пыток[502].

41) Аналогичным образом в деле относительно *Вопросов, касающихся обязательства осуществлять судебное преследование или выдавать* Международный Суд интерпретировал пункт 1 статьи 7 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания как требующий

> от государств-участников передать дело своим компетентным органам в целях возбуждения уголовного преследования независимо от наличия предварительной просьбы о выдаче подозреваемого лица. Вот почему в соответствии с пунктом 2 статьи 6 государство должно провести предварительное расследование сразу же после того, как подозреваемое лицо оказывается на его соответствующей территории. Обязательство передавать дело компетентным органам, предусмотренное пунктом 1 статьи 7, в зависимости от имеющихся у них доказательств, связанных с обвинениями, выдвинутыми в отношении подозреваемого, может приводить или не приводить к возбуждению дела.
>
> Однако, если государство, на территории которого находится подозреваемое лицо, получило просьбу о выдаче, в любых случаях, предусмотренных положениями Конвенции, оно может освободить себя от обязательства осуществлять судебное преследование путем удовлетворения этой просьбы[503].

42) Таким образом, из этого следует, что выбор между выдачей и передачей для судебного преследования в соответствии с Конвенцией не означал, что два этих варианта равноценны. Выдача предлагалась государству по Конвенции в качестве одного из вариантов действий, а осуществление судебного преследования было предусмотренным Конвенцией обязательством, нарушение которого являлось противоправным действием, влекущим за собой ответственность государства[504].

43) Что касается разработанного Комиссией в 1996 году проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, то статья 9 предусматривает, что государство-участник, на территории которого находится лицо, которое, как предполагается, совершило эти преступления, «выдает это лицо или возбуждает против него судебное преследование». В комментарии к статье 9 разъясняется, что обязательство осуществлять судебное преследование возникает независимо от какой-либо просьбы о выдаче[505].

44) Сфера применения обязательства осуществлять судебное преследование уже подробно рассматривалась в пунктах 21)−26) выше.

e) Взаимосвязь между обязательством выдавать или осуществлять судебное преследование и обязательствами erga omnes или нормами jus cogens

45) Комиссия отмечает, что одна из делегаций[506] в Шестом комитете в 2013 году подняла вопрос о влиянии принципа aut dedere aut judicare на международную ответственность, когда он связан с обязательствами erga omnes или нормами jus cogens, такими как запрещение пыток. Эта делегация предложила проанализировать следующие вопросы: *a*) в отношении кого существует обязательство; *b*) кто может направлять просьбу о выдаче; и *c*) кто с юридической точки зрения заинтересован в том, чтобы ссылаться на международную ответственность государства в случае нарушения им своего «обязательства осуществлять судебное преследование или выдавать».

46) Несколько членов Комиссии отметили, что эта область, скорее всего, касается толкования договорных норм. Высказывания Международного Суда в этой связи по делу относительно *Вопросов, касающихся обязательства осуществлять судебное преследование или выдавать* должны восприниматься с учетом особого контекста этого конкретного дела. В этом случае Суд пришел к выводу о том, что объект и цель Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания предусматривают «обязательства erga omnes partes», в соответствии с которыми у каждого государства-участника есть «общая заинтересованность» в выполнении этих обязательств, и, следовательно, каждое государство-участник имеет право предъявить требование о прекращении предполагаемого

---

[501] В пункте 1 статьи 7 указано: «Государство-участник, на территории которого, находящейся под его юрисдикцией, обнаружено лицо, подозреваемое в совершении любого из преступлений, указанных в статье 4, в случаях, предусмотренных в статье 5, если оно не выдает преступника, передает данное дело своим компетентным властям для судебного преследования».

[502] *Guengueng* et al. *v. Senegal* (Merits), Сообщение № 181/2001, решение Комитета против пыток в соответствии со статьей 22 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, тридцать шестая сессия, 17 мая 2006 года, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят первая сессия, Дополнение № 44* (A/61/44), стр. 252–253, пункт 9.7.

[503] *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (см. сноску 407 выше), p. 456, paras. 94–95.

[504] *Ibid*., para. 95.

[505] «Государство местонахождения обязано принять меры к обеспечению того, чтобы такое лицо было подвергнуто судебному преследованию либо национальными властями этого государства, либо другого государства, которое заявляет о своем желании осуществлять судебное преследование по этому делу, обращаясь с просьбой о выдаче» (*Ежегодник… 1996 год*, том II (часть вторая), стр. 38, пункт 3) комментария к статье 9). Следует также отметить статью 8 проекта кодекса (в соответствии с которой каждое государство-участник «принимает такие меры, какие могут быть необходимы для установления своей юрисдикции» в отношении преступлений, указанных в проекте кодекса, «независимо от того, где и кем были совершены эти преступления») (там же, стр. 33).

[506] Делегация Мексики.

нарушения другим государством-участником[507]. Вопрос о jus cogens не является здесь центральным. Как понимает Комиссия, Суд говорил о том, что, пока государства являются участниками Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, они имеют общую заинтересованность в предупреждении пыток и обеспечении того, чтобы в случае их совершения виновные не остались безнаказанными.

47) Другие договоры, даже если они и не предусматривают норм jus cogens, могут также приводить к возникновению обязательств erga omnes. Другими словами, все государства-участники могут с юридической точки зрения быть заинтересованы в том, чтобы задействовать международную ответственность государства-участника в случае нарушения им своего обязательства осуществлять судебное преследование или выдавать.

48) Государством, которое может обратиться с просьбой о выдаче, как правило, является государство-участник соответствующей конвенции или государство, у которого есть взаимные обязательства/договоренности о выдаче с запрашиваемым государством и которое обладает юрисдикцией в отношении этого преступления, желает и способно преследовать предполагаемого правонарушителя в судебном порядке и соблюдает применимые международные нормы защиты прав человека обвиняемого лица[508].

f) *Статус обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование в международном обычном праве*

49) Комиссия отмечает, что несколько делегаций в Шестом комитете высказали мнение, что обычное международное право не предусматривает обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование, а другие считали, что Комиссии стоит продолжить рассматривать вопрос о статусе обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование в международном обычном праве[509].

50) Можно напомнить, что в 2011 году являвшийся на тот момент Специальным докладчиком г-н Галицкий в своем четвертом докладе предложил проект статьи о международном обычае как источнике обязательства aut dedere aut judicare[510].

51) Однако проект этой статьи не получил положительной оценки ни в Комиссии[511], ни в Шестом комитете[512]. Было выражено общее несогласие с выводом о том, что обычно-правовой характер обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование может быть выведен из существования обычных норм, запрещающих конкретные международные преступления.

52) Определение того, стало ли или становится ли обязательство выдавать или осуществлять судебное преступление нормой международного обычного права или по крайней мере регионального обычного права, может помочь обозначить, кодифицирует ли предлагаемый Комиссией проект статьи нормы международного права или представляет собой прогрессивное развитие этих норм. Однако, поскольку Комиссия решила не представлять итоговый документ работы Комиссии по этой теме в качестве проекта статей, она сочла нецелесообразным разрабатывать альтернативы формуле, предложенной г-ном Галицким.

53) Комиссия хотела бы четко заявить, что вышесказанное не следует толковать как вывод о том, что она пришла к выводу, что обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование еще не стало и не становится нормой международного обычного права, будь то общего или регионального.

54) Когда Комиссия утвердила проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества в 1996 году, содержащееся в нем положение об обя-

---

[507] *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (см. сноску 407 выше), pp. 449–450, paras. 67–70. См. также особое мнение судьи Кансаду Триндаде, pp. 527–529, paras. 104–108, и заявление судьи Донохью, pp. 586–589, paras. 9–17. См. несогласное мнение судьи Сюэ, pp. 571–577, paras. 2–23, и несогласное мнение судьи ad hoc Сюр, pp. 608 and 610–611, paras. 13, 19–20. См. также особое мнение судьи Скотникова, pp. 482–485, paras. 9–22.

[508] См., например, Council of Europe, *Extradition, European Standards* (сноска 489 выше), sect. II.I, chap. 4 (Material human rights guarantees as limitations to extradition), pp. 123 *et seq.*; *Code of Minimum Standards of Protection to Individuals Involved in Transnational Proceedings*, Report to the Committee of Experts on Transnational Criminal Justice, European Committee on Crime Problems, Council of Europe (PC-TJ/Docs 2005/PC-TJ (2005) 07 E.Azaria), Strasbourg, 16 September 2005.

[509] Подготовленное Секретариатом тематическое резюме обсуждений в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи в ходе ее шестьдесят восьмой сессии (A/CN.4/666), пункт 60.

[510] *Ежегодник… 2011 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/648, пункт 95. Проект статьи гласит следующее:

«*Статья 4. Международный обычай как источник обязательства aut dedere aut judicare*

1. Каждое государство обязано либо выдать, либо осуществить судебное преследование предполагаемого правонарушителя, если такое обязательство вытекает из обычной нормы международного права.

2. Такое обязательство может вытекать, в частности, из обычных норм международного права, касающихся [серьезных нарушений международного гуманитарного права, геноцида, преступлений против человечности и военных преступлений].

3. Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование вытекает из императивной нормы общего международного права, принятой и признанной международным сообществом государств (jus cogens) в форме международного договора либо международного обычая, по которым любые лица, совершившие деяния, указанные в пункте 2, признаются преступниками».

[511] Там же, том II (часть вторая), стр. 201–202, пункты 320–326.

[512] В частности, некоторые государства не согласились с выводом о том, что обычно-правовой характер обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование может быть автоматическим следствием наличия обычных норм, запрещающих конкретные международные преступления (см. тематическое резюме обсуждения в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи в ходе ее шестьдесят шестой сессии, подготовленное Секретариатом (A/CN.4/650 [и Add.1]), пункт 48 (отпечатан на мимеографе; размещен на веб-сайте Комиссии, документы шестьдесят четвертой сессии). См. также позиции Аргентины (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят вторая сессия, Шестой комитет,* 22-е заседание, A/C.6/62/SR.22, пункт 58); и Российской Федерации (*Ежегодник… 2008 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/599, стр. 168, пункт 22).

зательстве выдавать и осуществлять судебное преследование представляло собой прогрессивное развитие международного права, как поясняется в пункте 3) выше. После завершения проекта кодекса в международном праве могли произойти дальнейшие изменения, отражающие практику государства и opinio juris в этой связи.

55) Комиссия отмечает, что в 2012 году в деле относительно *Вопросов, касающихся обязательства осуществлять судебное преследование или выдавать* Международный Суд постановил, что он не компетентен рассматривать утверждения Бельгии о предполагаемых нарушениях Сенегалом обязательств по международному обычному праву, поскольку на момент обращения Бельгии в Суд спор между Бельгией и Сенегалом не был связан с нарушениями обязательств по международному обычному праву[513]. Следовательно, у Суда еще не было возможности определить, составляет или не составляет обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование часть международного обычного права[514].

[513] *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (см. сноску 407 выше), at pp. 444–445, paras. 53–55, and p. 462, para. 122 (2), вместе с несогласным мнением по этому вопросу судьи Абрахама и судьи ad hoc Сюра (*ibid*., особое мнение судьи Абрахама, pp. 471–476, paras. 3–20; несогласное мнение судьи ad hoc Сюра, p. 610, para. 17).

[514] Судья Абрахам и судья ad hoc Сюр пришли к выводу о том, что Суд при наличии у него соответствующей юрисдикции не поддержал бы утверждение Бельгии о наличии в соответствии с международным обычным правом обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование. В своем особом мнении судья Абрахам пришел к выводу об отсутствии достаточных доказательств, основанных на государственной практике и opinio juris, наличия обычно-правового обязательства для государств преследовать в своих национальных судах лиц, подозреваемых в совершении военных преступлений или преступлений против человечности на основе универсальной юрисдикции, даже в том случае, если подозреваемый находится на территории государства суда (*ibid*., особое мнение судьи Абрахама, pp. 476–480, paras. 21, 24–25 and 31–39).

В своем несогласном мнении судья ad hoc Сюр заявил, что, несмотря на молчание Суда или, возможно, из-за такого молчания, «кажется очевидным, что существование обычно-правового обязательства осуществлять судебное преследование или выдавать или даже просто осуществлять судебное преследование не может быть установлено в позитивном праве» (*ibid*., несогласное мнение судьи ad hoc Сюра, p. 610, para. 18).

В отличие от них в своих особых мнениях судья Кансаду Триндаде (*ibid*., особое мнение судьи Кансаду Триндаде, p. 544, para. 143) и судья Себутинде (*ibid*., особое мнение судьи Себутинде, p. 604, paras. 41–42) подчеркнули, что Суд лишь постановил, что он не обладает юрисдикцией для рассмотрения по существу вопросов международного обычного права с учетом представленных по этому делу фактов.

В любом случае любое упоминание наличия или отсутствия предусмотренного обычным правом обязательства в деле, касающемся *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite*, касалось обязательства в случае преступлений против человечности и военных преступлений, совершенных в ходе внутренних вооруженных конфликтов. Речь не шла об этом обязательстве в контексте геноцида, военных преступлений, совершенных в ходе международных вооруженных конфликтов, или других преступлений международного значения, таких как терроризм.

g) *Другие по-прежнему актуальные вопросы общих рамок 2009 года*

56) Комиссия отмечает, что общие рамки 2009 года[515]

[515] Для удобства здесь воспроизводятся общие рамки 2009 года (см. сноску 404 выше). Они гласят:

Перечень подлежащих рассмотрению вопросов/проблем

a) Правовые основы обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование

i) обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование и обязанность сотрудничать в борьбе против безнаказанности;

ii) обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование в рамках существующих договоров: типология договорных положений; различия и сходства соответствующих положений и их эволюция (см., в частности, конвенции о терроризме);

iii) имеет ли и в какой степени обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование базу в рамках международного обычного права*;

iv) связано ли обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование непосредственно с некоторыми конкретными «преступлениями по обычному праву» (например, с пиратством)*;

v) можно ли определить региональные принципы, связанные с обязательством выдавать или осуществлять судебное преследование*.

b) Материальная сфера обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование

Определение категорий преступлений (например, преступлений по международному праву; преступлений против мира и человечности; преступлений международного характера; других серьезных преступлений), охватываемых обязательством выдавать или осуществлять судебное преследование в соответствии с международным договорным и/или обычным правом:

i) является ли признание преступного деяния в качестве международного преступления достаточным основанием для существования обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование по международному обычному праву*;

ii) если нет, то каков/каковы отличительный критерий/отличительные критерии? Актуальность характера jus cogens правила, криминализирующего определенное поведение*?

iii) существует ли и в какой степени данное обязательство по отношению к преступлениям в рамках национального закона?

c) Содержание обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование

i) определение двух элементов; значение обязательства осуществлять судебное преследование; шаги, которые следует предпринять для того, чтобы судебное преследование считалось «достаточным»; вопрос о своевременности судебного преследования;

ii) имеет ли значение порядок этих двух элементов;

iii) имеет ли один элемент приоритет над другим − право свободной оценки (pouvoir discrétionnaire) запрашиваемого государства?

d) Взаимосвязь между обязательством выдавать или осуществлять судебное преследование и другими принципами

i) обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование и принцип универсальной юрисдикции (обязательно ли одно предполагает другое?);

ii) обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование и общий вопрос о «правооснованиях» на осуществление юрисдикции (территориальность, гражданство);

iii) обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование и принципы nullum crimen sine lege и nulla poena sine lege**;

iv) обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование и принцип non bis in idem (двойной риск)**;

(*продолжение сноски на следующей стр.*)

по-прежнему упоминаются в Шестом комитете[516] как актуальный элемент работы Комиссии по этой теме.

(*продолжение сноски 515*)

v) обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование и принцип невыдачи граждан[**];

vi) что происходит в случае коллизии принципов (например, между невыдачей граждан и невозможностью предъявления обвинений по нормам национального законодательства? между препятствиями для судебного преследования и рисками для обвиняемого подвергнуться пыткам или при отсутствии надлежащей правовой процедуры в государстве, в которое предполагается осуществить выдачу?); конституционных ограничений[**].

e) Условия приведения в действие обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование

i) присутствие предполагаемого правонарушителя на территории государства;

ii) наличие юрисдикции государства в отношении соответствующего преступления;

iii) наличие запроса о выдаче (уровень требуемых формальностей); связь с правом на высылку иностранцев;

iv) наличие/последствия предыдущего запроса о выдаче, который был отклонен;

v) стандарт доказательств (в какой мере должен быть подкреплен запрос о выдаче);

vi) наличие обстоятельств, которые могут исключить осуществление обязательства (например, политические преступления или политический характер запроса о выдаче; чрезвычайные ситуации; иммунитет).

f) Осуществление обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование

i) соответствующие роли судебной и исполнительной властей;

ii) как примирить обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование с дискреционными полномочиями осуществляющих судебное преследование властей;

iii) влияет ли наличие доказательств на осуществление обязательства;

iv) как поступать с множественными запросами о выдаче;

v) гарантии в случае выдачи;

vi) следует ли содержать под стражей предполагаемого правонарушителя до вынесения решения о его или ее выдаче или привлечении к суду; или существуют какие-либо другие возможности для ограничения свободы;

vii) контроль за осуществлением обязательства;

viii) последствия несоблюдения обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование.

g) Взаимосвязь между обязательством выдавать или осуществлять судебное преследование и выдачей предполагаемого правонарушителя компетентному международному уголовному трибуналу («третья альтернатива»)

i) В какой мере «третья альтернатива» влияет на две другие.

[* Как представляется, окончательное решение этих вопросов станет возможным лишь на более позднем этапе, в частности после проведения досконального анализа сферы охвата и содержания обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование в рамках существующих договорных режимов. Кроме того, возможно было бы целесообразным изучить обычно-правовую природу данного обязательства в связи с конкретными преступными деяниями.

** Этот вопрос, возможно, следует рассмотреть также в связи с осуществлением обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование *f*).]

[516] В ходе прений Шестого комитета в 2012 году Австрия, Вьетнам и Нидерланды назвали общие рамки 2009 года ценным дополнением к работе Комиссии. По мнению Нидерландов, работа Комиссии должна в конечном итоге привести к представлению проекта статей на основе общих рамок. В ходе прений в Шестом комитете в 2013 году Австрия подтвердила полезность общих рамок 2009 года для работы нынешней Рабочей группы.

57) В общих рамках 2009 года был рассмотрен ряд вопросов, связанных с обязательством выдавать или осуществлять судебное преследование, которые охвачены в предыдущих пунктах, однако некоторые вопросы рассмотрены не были, а именно: связь этого обязательства с принципами nullum crimen sine lege и nulla poena sine lege и принципом non bis in idem (двойной риск); последствия коллизии между различными принципами (например, между невыдачей граждан и невозможностью предъявления обвинений по нормам национального законодательства; между препятствиями для судебного преследования и рисками для обвиняемого подвергнуться пыткам или ненадлежащему судебному процессу в государстве, в которое предполагается осуществить выдачу); конституционные ограничения; наличие обстоятельств, которые могут исключить осуществление этого обязательства (например, политические преступления или политический характер просьбы о выдаче; чрезвычайные ситуации; различные виды иммунитета); проблема множественных просьб о выдаче; гарантии в случае выдачи; и другие вопросы, связанные с выдачей в целом.

58) Комиссия отмечает, что Управление Организации Объединенных Наций по наркотикам и преступности разработало в 2004 году Типовой закон о выдаче, который охватывает большинство из этих вопросов[517]. В обзоре Секретариата 2010 года также объясняется, что многосторонние конвенции о выдаче обычно предусматривают условия, применимые к процессу выдачи[518]. Практически все эти конвенции предусматривают, что выдача осуществляется в соответствии с условиями, указанными в законодательстве запрашиваемого государства. Могут быть основания для отказа, которые связаны с преступлением (например, истечение срока давности, неспособность удовлетворить требования, касающиеся двойной уголовной ответственности, нормы о неизменности условий, nullum crimen sine lege и nulla poena sine lege или non bis in idem, или тот факт, что совершение преступления влечет за собой смертную казнь в запрашивающем государстве) или не совсем связаны с ним (например, предоставление политического убежища соответствующему лицу или наличие гуманитарных причин для отказа в выдаче). Степень применения особых условий выдачи разнится по ряду факторов, таких как конкретные озабоченности, высказанные в ходе переговоров (например, невыдача граждан, применение или неприменение положений о политических или финансовых оговорках), особый характер преступления (например, риск отказа в выдаче на основании политического характера преступления в отношении отдельных преступлений представляется более высоким) и внесение изменений, учитывающих проблемы, которые в прошлом могли быть упущены (например, возможная несущественность оснований запроса о выдаче или защита прав предполагаемого

[517] См. сноску 428 выше. См. также Revised Manuals on the Model Treaty on Extradition and on the Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters, *ibid.*

[518] Обзор Секретариата 2010 года (A/CN.4/630 (сноска 406 выше)), пункт 139.

преступника), или учитывающих новые изменения или смену обстановки[519].

59) Взаимосвязь между обязательством выдавать или осуществлять судебное преследование и другими принципами, перечисленными в общих рамках 2009 года, предусмотрена не только в нормах международного права, но и в конституционном праве и национальном законодательстве соответствующих государств. Какими бы ни были условия, предусмотренные национальным законодательством или договором о выдаче, они не должны применяться недобросовестно и ограждать предполагаемого правонарушителя от судебного преследования или выдачи уголовному суду соответствующего государства. В случае основных преступлений объект и цель соответствующего национального законодательства и/или применимого договора направлены на недопущение того, чтобы виновные в совершении таких преступлений оставались безнаказанными, и подразумевают, что такие преступления никогда не могут считаться политическими, а совершенные их лица − освобождаться от выдачи[520].

[519] Там же, пункт 142.

[520] Удачным примером в этой связи служит статья 1 Дополнительного протокола к Европейской конвенции о выдаче от 15 октября 1975 года, которая гласит:

«Для целей применения статьи 3 [о политических преступлениях] Конвенции следующие преступления не считаются политическими преступлениями:

a. Преступления против человечества, указанные в Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него, принятой Генеральной Ассамблеей Организации Объединенных Наций 9 декабря 1948 года;

b. Нарушения, указанные в статье 50 Женевской конвенции об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях 1949 года, статье 51 Женевской конвенции об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море 1949 года, статье 130 Женевской конвенции об обращении с военнопленными 1949 года и статье 147 Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны 1949 года;

c. Любые сравнимые нарушения законов войны, действующих при вступлении настоящего Протокола в силу, и обычаев войны, существующих на это время, которые еще не предусмотрены вышеупомянутыми положениями Женевских конвенций».