



АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ УГОЛОВНОГО ПРАВА

Г.А. Есаков*

ОБЫЧНОЕ МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО КАК ИСТОЧНИК УГОЛОВНО-ПРАВОВЫХ ЗАПРЕТОВ

Аннотация. Статья посвящена обычному международному праву как источнику российского уголовного права. Автор анализирует вопрос о том, могут ли нормы обычного международного права использоваться в качестве криминообразующих признаков в преступлении применения запрещённых средств и методов ведения войны. На основе изучения истории вопроса и международной практики («оговорка Мартенса», практика международных трибуналов, нормы международного гуманитарного права, практика Конституционного Суда РФ и Европейского Суда по правам человека) формулируются критерии такого использования. По мнению автора, допустимо устанавливать содержание уголовно-правового запрета через нормы обычного международного права, включённые в сферу конвенционно запрещённого поведения через «оговорку Мартенса», при условии, что явная незаконность поведения осознавалась лицом в момент совершения деяния. Вместе с тем это неизбежно будет решаться *ad hoc*, ставя одновременно перед национальными судами сложные проблемы установления содержания нормы обычного международного права.

Ключевые слова: обычное международное право, состав преступления, преступление, источник уголовного права, деяние, диспозиция, предвидение преступности поведения, международный договор, уголовный закон, принцип законности.

Российское уголовное право, как и в целом правовая система России, принадлежит, следуя господствующей точке зрения, к континентальной (или романо-германской) правовой семье. В контексте уголовного права его отличительной особенностью как следствие выступает достаточно строгий принцип законности: *nullum crimen sine lege scripta, certa et praevia*. В соответствии с ч. 1 ст. 1 УК РФ¹

«уголовное законодательство Российской Федерации состоит из настоящего Кодекса. Новые законы, предусматривающие уголовную ответственность, подлежат включению в настоящий Кодекс»; в продолжение этой нормы ч. 1 ст. 3 УК РФ устанавливает, что «преступность деяния, а также его наказуемость и иные уголовно-правовые последствия определяются только настоящим Кодексом», а ст. 9–10

¹ Статья подготовлена с использованием СПС «КонсультантПлюс». Ссылки на законодательство и судеб-

ную практику, если иное не оговорено специально, приводятся по СПС «КонсультантПлюс».

© Есаков Геннадий Александрович

* Доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовного права Национального исследовательского университета Высшей школы экономики [gesakov@gmail.com]

г. Москва, ул. Малая Ордынка, д. 17.



УК РФ (основывающиеся на ст. 54 Конституции РФ) запрещают применение уголовного законодательства *ex post facto*.

При этом в целом ряде случаев уголовное законодательство содержит отсылку к международным договорам РФ (ч. 3 ст. 11, ч. 2–3 ст. 12, ч. 2 ст. 13, ч. 2¹ ст. 59, ст. 355–356 УК РФ). Интерес в этой связи представляет именно ч. 1 ст. 356 УК РФ, поскольку именно ею ставится достаточно сложный для разрешения вопрос: *может ли уголовно-правовой запрет в описании наказуемого деяния иметь своим источником по определению являющееся неписаным право?* Иными словами, согласуется ли это с конституционными положениями и международно-правовыми стандартами?

Несколько отправных точек необходимы для уяснения сути проблемы. Диспозиция ч. 1 ст. 356 УК РФ предусматривает ответственность за жестокое обращение с военнопленными или гражданским населением, депортацию гражданского населения, разграбление национального имущества на оккупированной территории, а также *применение в вооружённом конфликте средств и методов, запрещённых международным договором РФ*. В соответствии с применимым п. 6 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации» «международные договоры, нормы которых предусматривают признаки составов уголовно наказуемых деяний, не могут применяться судами непосредственно, поскольку такими договорами прямо устанавливается обязанность государств обеспечить выполнение предусмотренных договором обязательств путем установления наказуемости определенных преступлений внутренним (национальным) законом... Исходя из ст. 54 и п. «о» ст. 71 Конституции РФ, а также ст. 8 УК РФ уголовной ответственности в Российской Федерации подлежит лицо, совершившее деяние, содержащее все признаки состава преступления, предусмотренного Уголовным кодексом РФ. В связи с этим международно-правовые нормы, предусматривающие признаки составов преступлений, должны применяться судами РФ в тех случаях, когда норма Уголовного кодекса РФ прямо устанавливает необходимость применения международного договора РФ (например, ст. 355 и 356 УК РФ)». Таким образом, применительно к ст. 356 УК РФ Верховный Суд РФ предлагает пользоваться корпусом норм международного права, а точнее нормами международного гуманитарного права (или, оставляя в стороне споры о терминологии, нормами права вооружённых конфликтов).

Российская Федерация является участницей основных международных соглашений в этой сфере, в частности, Женевских конвенций 1949 г. и Гаагских протоколов к ним 1977 г.²; Россию связывают и иные договорные международные обязательства. Как следствие, именно массив договорного права следует использовать при установлении признаков объективной стороны состава преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 356 УК РФ, и принцип законности соблюден в данном случае³.

Вместе с тем это лишь решение вопроса в самом первом приближении, поскольку проблема осложняется тем, что корпус международного гуманитарного права образуют две равноценные составляющие: договорное и обычное право⁴. Конвенционное право, по словам Э. Давида, не может предусмотреть всего; оно само ссылается на обычай; государства могут не успеть ратифицировать или впоследствии денонсировать международный договор и его место в ряде случаев может занять обычай; обычное право, далее, с течением времени развивает положения договорного права⁵.

Буквальное прочтение ч. 1 ст. 356 УК РФ, где говорится только о международных договорах РФ, могло бы навести на мысль, что обычное международное право о средствах методах, применяемых в вооружённых конфликтах, не

² В настоящей статье используются следующие сокращённые обозначения: ЖК I, II, III и IV – соответственно Женевская конвенция об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях, Женевская конвенция об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооружённых сил, на море, Женевская конвенция об обращении с военнопленными, Женевская конвенция о защите гражданского населения во время войны (все – от 12 августа 1949 г.); ДП I – Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г., касающийся защиты жертв международных вооружённых конфликтов (Протокол I), от 8 июня 1977 г.; ДП II – Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г., касающийся защиты жертв вооружённых конфликтов немеждународного характера (Протокол II), от 8 июня 1977 г.

³ Отметим, что соблюден этот принцип в контексте ст. 356 УК РФ не более чем формально, поскольку принцип законности предполагает создание в процессе имплементации международных обязательств в национальном праве работоспособных формулировок, согласующихся с международным правом. О ст. 356 УК РФ этого сказать нельзя; она предположительно неприменима вследствие её неконституционности, вызванной обобщёнными формулировками, рассогласованностью с текстологией международного права и т.д.

⁴ Абсолютно некорректным представляется суждение о том, что «для признания международного обычая источником международного уголовного права необходимо его нормативное закрепление в международном договоре» (см.: Субботина Е. Н. Механизм имплементации международного уголовного права в зарубежных странах и в России. М., 2012. С. 28).

⁵ См. подробнее: Давид Э. Принципы права вооружённых конфликтов / пер. с фр. 2-е изд., М., 2011. С. 58–68.



может использоваться при установлении признаков состава преступления. Однако это поверхностный вывод: международные договоры РФ, о которых говорится в уголовном законе, запрещают не только использование указанных в них средств и методов, но также средств и методов, запрещённых обычным международным правом. Делается это за счёт так называемой «оговорки Мартенса», остающейся вот уже более столетия одним из краеугольных камней международного гуманитарного права. В соответствии с п. 2 ст. 1 ДП I «в случаях, не предусмотренных настоящим Протоколом или другими международными соглашениями, гражданские лица и комбатанты остаются под защитой и действием принципов международного права, проистекающих из установившихся обычаев, из принципов гуманности и из требований общественного сознания»⁶. Таким образом, обычное международное право, точнее, средства и методы, применяемые в вооружённых конфликтах и запрещённые им, становятся через «оговорку Мартенса» запрещёнными международным договором РФ в том смысле, в каком это понятие используется в ч. 1 ст. 356 УК РФ⁷.

⁶ «Оговорка Мартенса» также содержится в ст. 63 ЖК I, ст. 62 ЖК II, ст. 142 ЖК III, ст. 158 ЖК IV.

⁷ При этом не следует рассматривать действие норм обычного международного права в военных конфликтах как исключительную ситуацию, поскольку в последние годы произошло распространение существенной части корпуса международного гуманитарного права на вооружённые конфликты немеждународного характера. В этой области международного гуманитарного права ещё несколько десятилетий тому назад государства весьма сдержанно относились к идее безусловного действия в последних норм, применимых в вооружённых конфликтах международного характера. Это подтверждается и тем фактом, что «оговорка Мартенса» в ДП II содержится не в тексте Протокола, а в его преамбуле («...напоминая, что в случаях, не предусмотренных действующими правовыми нормами, человеческая личность остается под защитой принципов гуманности и требований общественного сознания...»), что подчёркивает нежелание государств ограничивать себя в решении своих внутренних вопросов.

Однако в 1995 г. решение Международного трибунала по бывшей Югославии (дело Тадича) радикально изменило ситуацию: как сказано в решении, «...элементарные соображения человечности и здравого смысла делают абсурдным утверждение, по которому использование государствами оружия, запрещённого в вооружённых конфликтах между ними, было бы позволительно тогда, когда государства пытаются подавить восстание своих собственных граждан на своей собственной территории. То, что бесчеловечно и как следствие запрещено в международных войнах, не может не быть бесчеловечным и неприемлемым в гражданской войне. ...Невозможно отрицать тот факт, что обычные нормы развились настолько, что регулируют внутренние столкновения. Эти нормы... охватывают такие сферы, как защита гражданского населения от боевых действий, в особенности от нападений неизбирательного характера, защита гражданских объектов, в особенности культурных ценностей, защита всех тех, кто не принимает (или более не принимает) активного участия в боевых действиях, а

Средства и методы, применяемые в вооружённом конфликте и запрещённые обычным международным правом, находятся в очевидном противоречии с принципом законности. Обычное международное право, применимое к действиям лица как основание их наказуемости, существует во время этих действий, однако его точное содержание фиксируется, строго говоря, *ex post facto*, при вынесении судебного решения⁸; соответственно, возникает взаимоувязанная проблема определенности уголовного закона (*lege scripta et certa*) и его обратной силы (*lege praevia*), т.е. того, допустимо ли привлечение лица к уголовной ответственности за нарушение норм обычного международного права, поскольку в момент совершения деяния за отсутствием норм писаного права лицо предположительно не могло оценить своё поведение как преступное.

Рассматривая эту проблему в контексте международного уголовного права, в качестве отправной точки нельзя не согласиться со словами Г. Верле, который пишет, что в международном уголовном праве стандарт законности «...менее строг, чем обычно требуется в континентальном европейском праве»⁹, поясняя это практикой трибуналов *ad hoc*: «С их точки зрения, принцип соблюдается, если норма, возникающая из международного обычного права, запрещает определённое поведение и если лицо, совершающее деяние, может предвидеть, что нарушение обычно-правового запрета приведёт к индивидуальной уголовной ответственности»¹⁰. С созданием Международного уголовного суда, в свою очередь, в тексте Римского статута 1998 г. (ст. 21–24) наметилась тенденция возврата к традиционному принципу *nullum crimen sine lege scripta, certa, stricta et praevia*¹¹.

В России именно этот достаточно узкий вопрос практически не привлекал внимания в литературе, хотя заслуживает такового¹². По-

также запрещение средств ведения войны, непозволительных в вооружённых конфликтах международного характера, и запрещение определённых методов ведения боевых действий» (см.: Prosecutor v. Tadić, No. IT-94-I-AR72 (2 October 1995), paras. 119, 127).

⁸ Не устраняют этой проблемы и различного рода компиляции норм обычного международного права, применимого в ходе вооружённых конфликтов, составленные, например, Международным комитетом Красного креста.

⁹ Верле Г. Принципы международного уголовного права / пер. с англ. С. В. Саяпина. Одесса; М., 2011. С. 50.

¹⁰ Там же. С. 51.

¹¹ См., напр.: Ambos K. Treatise on International Criminal Law. Vol. I. Foundations and General Part. Oxford, 2013. P. 74–76, 88–93.

¹² Э. Давид пишет в контексте проблемы криминализации нарушений обычного международного права в связи с принципом законности следующее: «Довольно любопытно, что... и сегодня ещё существует тенденция отвергать любую возможность криминализации преступлений на основе международного обычая, поскольку в этом случае уголовно-правовая норма



ложения Конституции РФ сформулированы безусловно без расчёта на данную ситуацию, но несомненно в пользу ей: ч. 2 ст. 54 устанавливает, что «никто не может нести ответственность за деяние, которое в момент его совершения не признавалось правонарушением». Соответственно, закон как единственный источник признания деяния правонарушением в тексте прямо не указан, что допускает в нашем случае такую — конституционную, на наш взгляд, — конструкцию: закон является формальным источником признания деяния правонарушением, тогда как его существенные признаки могут быть установлены обычным международным правом, признаваемым в силу ч. 4 ст. 15 Конституции РФ составной частью правовой системы России¹³.

Более осторожны и «консервативны» правовые позиции Конституционного Суда РФ, связанные с определённой уголовным законом. В постановлении от 27 мая 2008 г. № 8–П суд пришёл к следующим выводам (п. 5): «...любое преступление, а равно и меры уголовной ответственности за его совершение должны быть чётко определены в законе, причём таким образом, чтобы исходя из текста соответствующей нормы — в случае необходимости с помощью толкования, данного ей судами, — каждый мог предвидеть уголовно-правовые последствия своих действий (бездействия). Неточность, неясность и неопределённость закона порождают возможность неоднозначного истолкования и, следовательно, произвольно-го применения его норм — в противоречие ...

окажется непредсказуемой, отражая только «мнение «теоретиков», «не сможет гарантировать строгости, необходимой в уголовном праве»... Вряд ли стоит вступать в полемику по этому вопросу. Достаточно констатировать, что, за вычетом нескольких исключений, практика не идёт по этому пути, когда имеются в виду преступления, уже предусмотренные внутренним законодательством всех стран мира, законами, на которые международный обычай лишь накладывается» (см.: Давид Э. Указ. соч. С. 67).

О том, что эта проблема не надумана, свидетельствует немецкий опыт, где ст. 103 II Основного закона ФРГ 1949 г. («деяние может подлежать наказанию, только если его наказуемость была установлена законом до его совершения») рассматривается как запрещающая наказание на основании норм обычного международного права без их формального закрепления в законе, а в отношении принятого в 2002 г. Кодекса международного уголовного права (Volkerstrafgesetzbuch) отмечается, что ряд его положений, содержащих фактически отсылку к нормам обычного международного права, сомнительно конституционен с точки зрения приведённого положения Основного закона (см. подробнее: Satzger H. International and European Criminal Law. Sinzheim, 2012. P. 282, 290–291).

¹³ Видоизменение этой конструкции за счёт замены обычного международного права на, например, подзаконные нормативные правовые акты не входит в предмет нашего исследования.

конституционным принципам... Особую значимость требования определённости, ясности, недвусмысленности правовых норм и их согласованности в системе общего правового регулирования приобретают применительно к уголовному законодательству... Принцип формальной определённости закона, предполагающий точность и ясность законодательных предписаний, будучи неотъемлемым элементом верховенства права, выступает как в законотворческой, так и в правоприменительной деятельности в качестве необходимой гарантии обеспечения эффективной защиты от произвольных преследования, осуждения и наказания. Уголовная ответственность может считаться законно установленной и отвечающей требованиям ст. 55 (ч. 3) Конституции РФ лишь при условии, что она адекватна общественной опасности преступления и что уголовный закон ясно и чётко определяет признаки этого преступления, отграничивая его от иных противоправных и тем более — от законных деяний» (впоследствии эта правовая позиция была повторена в постановлении Конституционного Суда РФ от 13 июля 2010 г. № 15–П). Предположительно такой подход как минимум оставляет сомнения в допустимости использования обычного международного права в качестве источника уголовно-правовых запретов, как максимум — исключает это ввиду невозможности обеспечить предвидение уголовно-правовых последствий своих действий (бездействия) и отсутствия ясного и чёткого определения признаков преступления.

Вместе с тем дальнейший анализ в направлении уже собственно международного права показывает, что такое ограничение содержания уголовного закона только *lege scripta, certa et praevia* не является безусловно необходимым даже с позиций континентального права. Применимой в данном случае является, как представляется, ст. 7 Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г.: «1. Никто не может быть осужден за совершение какого-либо деяния или за бездействие, которое согласно действовавшему в момент его совершения национальному или международному праву не являлось уголовным преступлением. Не может также налагаться наказание более тяжкое, нежели то, которое подлежало применению в момент совершения уголовного преступления. 2. Настоящая статья не препятствует осуждению и наказанию любого лица за совершение какого-либо действия или за бездействие, которое в момент его совершения являлось уголовным преступлением в соответствии с общими принципами права, признанными цивилизованными странами». На настоящий момент в интересующем нас кон-



тексте наиболее обстоятельный анализ данной нормы дан в постановлении Европейского Суда по правам человека (Большая палата) от 17 мая 2010 г. (дело «Кононов (Kononov) против Латвии», жалоба № 36376/04)¹⁴. Не касаясь подробно содержания дела и его политико-правовых оценок¹⁵, остановимся на некоторых значимых собственно юридических моментах в том виде, в каком они сформулированы в позиции большинства суда. Заявитель в этом деле был фактически осужден за нарушения в 1944 г. норм обычного международного права, лишь позднее кодифицированных в ЖК IV и ДП I и национальном законодательстве Латвии через отсылку к нормам международного гуманитарного права. Европейский Суд поддержал осуждение заявителя, придя к выводу, что «к маю 1944 г. военные преступления были определены как действия, противоречащие законам и обычаям войны, и что международное право выработало основные принципы и предусмотрело обширный набор действий, составляющих такие преступления» (§ 213); в обоснование этого были положены нормы обычного международного права, лишь позднее кодифицированные в международных договорах (§ 215–219, 227). Кроме того, Суд указал на возможность заявителя предвидеть, что соответствующие действия составляют военные преступления, поскольку «заявитель по настоящему делу являлся сержантом Советской армии, приписанным к резервному полку Латвийской дивизии: в период, относящийся к обстоятельствам дела, он являлся членом спецподразделения и командовал взводом, в основные обязанности которого входили военные диверсии и пропаганда. С учётом его положения командующего офицера Европейский Суд придерживается мнения о том, что от него можно было разумно ожидать особой заботливости при оценке рисков, сопутствовавших операции в Малых Батах. Европейский Суд полагает, что с учётом явно незаконного характера жестокого обращения с девятью селянами и их убийства при установленных обстоятельствах операции 27 мая 1944 г. (§ 15–20 настоящего Постановления), даже самое поверхностное размышление заявителя указало бы ему, что как минимум оспариваемые действия рискуют противоречить законам и

обычаям войны, как они понимались в то время, и особенно рискуют быть восприняты как военные преступления, за которые он в качестве командира может нести индивидуальную и уголовную ответственность» (§ 238).

Таким образом, с точки зрения Европейского Суда по правам человека, положения ст. 7 Конвенции не препятствуют осуждению на основании норм обычного международного права при условии, что такая возможность может быть разумно предвидима лицом. Как подтверждено в § 185 решения, «употребляя термин “закон”, статья 7 Конвенции имеет в виду... понятие, которое включает в себе писанный и неписанный закон, а также качественные требования, в особенности доступность и предсказуемость. ...Статья 7 Конвенции не может рассматриваться как исключаящая постепенное прояснение правил уголовной ответственности за счет судебного толкования по конкретным делам при условии, что итоговое развитие совместимо с сущностью преступления и его можно было разумно предвидеть...».

Соответственно, применительно к российскому уголовному законодательству с учётом позиций и Конституционного Суда РФ, и Европейского Суда по правам человека можно сделать вывод о допустимости установления содержания уголовно-правового запрета в ч. 1 ст. 356 УК РФ через нормы обычного международного права, включённые в сферу конвенционно запрещённого поведения через «оговорку Мартенса», при условии, что явная незаконность поведения (т.е. его противоречие нормам обычного международного права) осознавалась лицом в момент совершения деяния¹⁶. То, в каких ситуациях это приемлемо, с неизбежностью будет решаться *ad hoc*, ставя одновременно перед национальными судами сложные проблемы установления содержания нормы обычного международного права. Впрочем, остаётся слабая надежда, что с течением времени развитие человечества не будет создавать почвы для применения ст. 356 УК РФ.

¹⁶ De lege ferenda можно предложить дополнить ч. 1 ст. 356 УК РФ также отсылкой к обычному международному праву, однако в целом это не решит поставленной проблемы с точки зрения соблюдения принципа законности. По справедливому замечанию Г. Зацгера, «эта техника (имплементации. – Г. Е.) может помочь в соблюдении принципа законности в отношении карательной санкции (*nulla poena sine lege*); тем не менее, серьёзные сомнения остаются в отношении элементов международных преступлений (*nullum crimen sine lege*), поскольку дефиниция правонарушения самого по себе остаётся в одном лишь обычном международном праве» (см.: Satzger H. Op. cit. P. 278).

¹⁴ Неофициальный перевод см.: Бюллетень Европейского суда по правам человека. Российское издание. 2010. № 8. С. 84–139.

¹⁵ Взвешенный анализ см.: Бауринг Б. Постановление Большой палаты Европейского Суда по правам человека по делу «Кононов против Латвии» (17 мая 2010 г.): права ли Российская Федерация в своем понимании соотношения политики и международного права? // Международное правосудие. 2012. № 2. С. 75–83.

**Библиография:**

1. Ambos K. Treatise on International Criminal Law. Vol. I. Foundations and General Part. — Oxford, 2013.
2. Satzger H. International and European Criminal Law. — Sinzheim, 2012.
3. Бауринг Б. Постановление Большой палаты Европейского Суда по правам человека по делу «Кононов против Латвии» (17 мая 2010 г.): права ли Российская Федерация в своем понимании соотношения политики и международного права? // Международное правосудие. — 2012. — № 2. — С. 75–83.
4. Верле Г. Принципы международного уголовного права / пер. с англ. С.В. Саяпина. — Одесса; М., 2011.
5. Давид Э. Принципы права вооружённых конфликтов / пер. с фр. 2-е изд. — М., 2011.
6. Субботина Е.Н. Механизм имплементации международного уголовного права в зарубежных странах и в России. — М., 2012.

References (transliteration):

1. Ambos K. Treatise on International Criminal Law. Vol. I. Foundations and General Part. — Oxford, 2013.
2. Satzger H. International and European Criminal Law. Sinzheim, 2012.
3. Bauring B. Postanovlenie Bol'shoy palaty Evropeyskogo suda po pravam cheloveka po delu «Kononov protiv Latvii» (17 maya 2010 g.): prava li Rossiyskaya Federaciya v svoem ponimanii sootnosheniya politiki i mezhdunarodnogo prava? // Mezhdunarodnoe pravosudie. — 2012. — № 2. — S. 75–83.
4. Verle G. Principy mezhdunarodnogo ugovnogo prava / per. s angl. S.V. Sayapina. — Odessa; M., 2011.
5. David E. Principy prava vooruzhennykh konfliktov / per. s fr. 2-e izd. — M., 2011.
6. Subbotina E.N. Mehanizm implementacii mezhdunarodnogo ugovnogo prava v zarubezhnykh stranah i v Rossii. — M., 2012.

Материал получен редакцией 6 августа 2013 г.