

ОТВЕТСТВЕННОСТЬ КОМАНДИРОВ В РОССИЙСКОМ УГОЛОВНОМ ПРАВЕ С ТОЧКИ ЗРЕНИЯ DE LEGE LATA¹

Аннотация. Статья посвящена вопросу текущего отражения в российском уголовном праве специфической концепции международного гуманитарного права — командной ответственности. Появление такой специфической уголовно-правовой конструкции обусловлено необходимостью привлечь к ответственности командиров (начальников; независимо от гражданского или военного статуса) за попустительство совершению преступления. Они в силу своего положения по отношению к подчиненным, очевидно, имеют возможность препятствовать совершению ими преступлений. Соответственно, непринятие ими должных мер по такому воспрепятствованию, которое прямо или косвенно может даже стимулировать подчиненных пойти на нарушение норм международного гуманитарного права, должно быть наказуемо. Автор обращается к истории этой конструкции в международном гуманитарном праве и анализирует допустимость прямого действия норм международного гуманитарного права в этой части. Делается вывод, что привлечение командира к ответственности по российскому уголовному закону возможно только после установления (или выявления) в нем соответствующей нормы, полностью выполняющей соответствующую обязанность, принятую на себя Россией, т.е. в рассматриваемом контексте — криминализирующей в объеме, предполагаемом международным гуманитарным правом, соответствующее деяние командира. Далее автор переходит к вопросу имплементации соответствующих норм в русском и советском законодательстве и затем обращается к УК РФ 1996 г. Делается вывод, что полной схемы такой ответственности в действующем УК нет, поскольку ни Общая часть в части соучастия, ни Особенная часть в связи с отдельными составами не предусматривает уголовной ответственности командиров. Невозможно обосновать ответственность командира через институт соучастия. Неприменима ст. 42 УК РФ об исполнении приказа или распоряжения как обстоятельстве, исключающем преступность деяния. Статьи 286, 293, 316 и 356 УК РФ также не охватывают всего спектра ситуаций, связанных с ответственностью командира. Вместе с тем имеются сложные уголовные дела, в которых уголовная ответственность могла бы быть надлежащим образом обоснована только с использованием концепции командной ответственности.

¹ Статья подготовлена в ходе исследования (№ 15-01-0015) в рамках программы «Научный фонд Национального исследовательского университета “Высшая школа экономики” (НИУ ВШЭ)» в 2015—2016 гг. и с использованием средств субсидии на государственную поддержку ведущих университетов Российской Федерации в целях повышения их конкурентоспособности среди ведущих мировых научно-образовательных центров, выделенной НИУ ВШЭ. Статья написана при поддержке СПС «КонсультантПлюс».

© Есаков Г. А., 2017

* Есаков Геннадий Александрович, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовного права и криминалистики факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»
gesakov@hse.ru
101000, Россия, г. Москва, ул. Мясницкая, д. 20

Ключевые слова: международное гуманитарное право, криминализация, имплементация, ответственность командиров, уголовный закон, вина, неосторожность, бездействие, причинная связь, предотвращение преступления.

DOI: 10.17803/1729-5920.2017.132.11.093-099

Итогом кровавых военных столкновений последних столетий стал корпус норм международного гуманитарного права, в создании которого Россия исторически принимала самое активное участие. В настоящее время этот корпус норм остается активно развивающимся как на конвенционном уровне, так и в практике как международных уголовных трибуналов *ad hoc* и Международного уголовного суда. При этом его основой остаются нормы так называемого «жневского» и «гаагского» права, в связи с которыми сформировалось несколько специфических институтов (конструкций) привлечения к уголовной ответственности.

Одной из таких конструкций является *командная ответственность* (*command responsibility*), исторически восходящая к процессам, состоявшимся после Первой мировой войны, впоследствии развитая в прецедентом праве по окончании Второй мировой войны. В настоящее время эта концепция закреплена в п. 2 ст. 86 Дополнительного протокола к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г., касающегося защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I), от 8 июня 1977 г., согласно которому «тот факт, что нарушение Конвенций или настоящего Протокола было совершено подчиненным лицом, не освобождает его начальников от уголовной или дисциплинарной ответственности в зависимости от случая, если они знали или имели в своем распоряжении информацию, которая должна была бы дать им возможность прийти к заключению в обстановке, существовавшей в то время, что такое подчиненное лицо совершает или намеревается совершить подобное нарушение, и если они не приняли всех практически возможных мер в пределах своих полномочий для предотвращения или пресечения этого нарушения»².

Появление такой специфической уголовно-правовой конструкции обусловлено необходимостью, говоря в общем, привлечь к ответственности командиров (начальников; независимо от гражданского или военного статуса) за попустительство совершению преступления. Последние, в силу своего положения по отношению к подчиненным, очевидно, имеют возможность препятствовать совершению ими преступлений. Соответственно, непринятие ими должных мер по такому воспрепятствованию, которое прямо или косвенно может даже стимулировать подчиненных пойти на нарушение норм международного гуманитарного права, должно быть наказуемо. При этом неприменима по общему правилу конструкция соучастия, которое в наиболее соотносимом с данными случаями аспекте предполагает активное подстрекательство или пособничество совершению преступления, активное содействие последнему; здесь же ничего подобного нет, так как командир (начальник) всего лишь бездействует.

Фактически п. 2 ст. 86 Дополнительного протокола I с точки зрения российского уголовного права предполагает конструирование особого уголовно наказуемого деликта, в котором в виде деяния выступает непринятие начальником во время вооруженного конфликта всех зависящих от него мер, чтобы предотвратить или пресечь совершение хотя бы одного из специально обозначенных законом преступлений; кроме того, конструктивным признаком состава преступления будет его обстановка: состояние вооруженного конфликта.

При этом Дополнительный протокол I, будучи ратифицирован Россией, налагает на нашу страну определенные обязательства по криминализации соответствующего поведения. Обусловлено это тем, что наличие ратифицирован-

² Правила ответственности командиров и других начальников также определяются ст. 28 Римского статута Международного уголовного суда от 17 июля 1998 г. При этом круг охватываемых ст. 28 Римского статута преступлений шире. Поскольку Статут не ратифицирован Россией (и в обозримой перспективе Россия отказалась от его ратификации), при анализе мы будем опираться на положения Дополнительного протокола I 1977 г.

ного Россией международного договора еще не означает в уголовно-правовой сфере его прямого (непосредственного) применения, поскольку общее правило (его оценка находится за пределами настоящей статьи³) предполагает международный договор несамоисполнимым в этой области национального права. В соответствии с ч. 1 ст. 1 УК РФ «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».

В развитие этих положений Верховный Суд РФ в п. 6 постановления Пленума от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации» зафиксировал как базовое правило: «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 статьи 54 и пункта «о» статьи 71 Конституции Российской Федерации, а также статьи 8 УК РФ уголовной ответственности в Российской Федерации подлежит лицо, совершившее деяние, содержащее все признаки состава преступления, предусмотренного Уголовным кодексом Российской Федерации. В связи с этим международно-правовые нормы, предусматривающие признаки составов преступлений, должны применяться судами Российской Федерации в тех случаях,

когда норма Уголовного кодекса Российской Федерации прямо устанавливает необходимость применения международного договора Российской Федерации (например, статьи 355 и 356 УК РФ)».

Соответственно, поскольку релевантные международные договоры предполагают «обязанность государств обеспечить выполнение предусмотренных договором обязательств путем установления наказуемости определенных преступлений внутренним (национальным) законом», постольку привлечение командира к ответственности на основе конструкции ответственности командира по российскому уголовному закону возможно только после установления (или выявления) в нем соответствующей нормы, полностью выполняющей соответствующую обязанность, принятую на себя Россией, т.е. в рассматриваемом контексте криминализирующей в объеме, предполагаемом международным гуманитарным правом, соответствующее деяние командира.

В истории российского уголовного права неявные прообразы ответственности командира можно увидеть уже в XIX в. Например, ст. 151 Военного устава о наказаниях (1868 г.)⁴ к бездействию со стороны воинской власти относил «...неограждение сего (оккупированного. — Г. Е.) края от разорения, насилия и незаконных со стороны войска требований от жителей» (п. 6). Статья 180 предусматривала дисциплинарное наказание за бездействие начальника: «Начальник, знавший о намерении подчиненного сделать в круге своего действия по должности что-либо противное законам или порядку службы и не предотвративший сего по беспечности или слабости, подвергается за сие, смотря по важности допущенного им противозаконного действия: взысканию дисциплинарному». Совершение деяния намеренно, а равно из корыстной или иной личной заинтересованности (ч. 2) влекло уже уголовную ответственность как за бездействие власти по ст. 152—153 Устава.

³ См.: подробнее: Кибальник А. Г. Современное международное уголовное право. СПб., 2003. С. 182 и сл.; Субботина Е. Н. Механизм имплементации международного уголовного права в зарубежных странах и в России. М., 2012. С. 164—185; Коняхин В. П. Взаимосвязь международного и внутригосударственного уголовного права: законодательный и правоприменительный аспекты // Известия вузов. Правоведение. 2010. № 6. С. 81—91; Лихачев М. А. Правовой статус личности как воплощение взаимодействия внутригосударственного и международно-правового регулирования // Российский юридический журнал. 2010. № 2. С. 175; Цветков А. А. Судебное толкование норм международного права как части уголовно-правовой системы России // Российский судья. 2005. № 4. С. 43—46.

⁴ См.: Военный устав о наказаниях. СПб., 1868.

Статья 181 Устава устанавливала ответственность за бездействие в наказании, приравнявая его к укрывательству преступления: «Если начальник, достоверно зная об учиненном по делам службы каком-либо, более или менее важном, преступлении или проступке своего подчиненного, не подвергнет его надлежащему по данной ему власти взысканию или не предаст его суду, или же в случаях, когда законом сие вменено ему в обязанность, не донесет о том высшему начальству по установленному порядку подчиненности...». Все эти нормы сохранились вплоть до 1917 г. как ст. 144—146, 174 и 175, соответственно. Комментарий к двум последним связывает ответственность, во-первых, со статусом начальника; во-вторых, с совершением подчиненным не общеуголовного, а служебного (воинского) преступления; в-третьих, с известностью виновного (в противном случае предлагая квалифицировать нерасследование преступления по ст. 144—146 Устава)⁵.

В УК РСФСР 1960 г. специальной нормы об ответственности командира не предусматривалось, и отдельные случаи могли бы быть квалифицированы по ст. 260, предусматривавшей ответственность за злоупотребление начальника или должностного лица властью или служебным положением, бездействие или превышение власти, а также халатное отношение к службе, если эти действия совершались систематически, либо из корыстных побуждений, или иной личной заинтересованности, а равно если они причинили существенный вред.

В действующем УК РФ ответственность командира не представлена в виде единой нормы; скорее, это комплекс разрозненных положений, которые необходимо проанализировать с целью установления полноты выполнения Россией своих международных обязательств.

Так, сложно обосновать ответственность командира через институт соучастия: с точки зрения определений исполнителя, организатора, подстрекателя и пособника в ст. 33 УК РФ

бездействующее лицо не относится ни к одной из разновидностей соучастников. Ответственность подстрекателя и пособника связана с их участием в совершении преступления исполнителем, т.е. действиями, совершаемыми во исполнение общего преступного замысла. Единственная разновидность пособничества в форме бездействия, мыслимо конструируемая в литературе, т.е. невоспрепятствование совершению преступления, может иметь место только тогда, когда пособник стоит на пути совершения преступления и самоустраняется с этого пути, будучи обязанным воспрепятствовать совершению преступления⁶. В ситуации же с ответственностью командира последний никоим образом не стоит на пути совершения преступления — оно происходит независимо от него, хотя и в его сфере контроля. Кроме того, ответственность командира не связана с общим преступным замыслом⁷; напротив, как только командир включается в общий преступный замысел и совершает какие-то действия, то становятся применимыми уже имеющиеся положения УК РФ о соучастии в совершении преступления подчиненным. Поэтому рассматривать бездействующего командира как пособника (или подстрекателя) совершению преступления, к тому же действующего по общему правилу в условиях односторонней субъективной связи (сама по себе небесспорная концепция), представляется излишне искусственной конструкцией.

Единственная норма уголовного закона допускает бездействие при условии осведомленности о совершении преступления как основание ответственности лица, создавшего организованную группу или преступное сообщество (преступную организацию) либо руководившего ими (ч. 5 ст. 35 УК РФ). В контексте ответственности командира данная норма неприменима, поскольку ответственность последнего в контексте российского уголовного права должна быть вынесена за рамки форм соучастия (об этом еще будет сказано далее).

⁵ См.: Воинский устав о наказаниях / сост. В. Ф. Огнев, А. С. Лыкошин. 6-е изд., испр. и доп. Пг., 1916. С. 232.

⁶ См., например: Уголовное право Российской Федерации : Общая часть : учебник / под ред. В. С. Комиссарова, Н. Е. Крыловой, И. М. Тяжковой. М., 2012 ; Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный) / отв. ред. В. М. Лебедев. 13-е изд., перераб. и доп. М., 2013.

⁷ При осознании подчиненным осведомленности командира о его преступлении и бездействии командира по российскому праву ситуация еще не переходит в разряд соучастия. Для соучастия со стороны командира нужны действия, описанные в ч. 3—5 ст. 33 УК РФ.

Статья 42 УК РФ об исполнении приказа или распоряжения как обстоятельстве, исключающем преступность деяния, не имеет к этому также никакого отношения, поскольку она нацелена на урегулирование ответственности в случаях отдачи незаконного приказа или распоряжения, но не в случаях бездействия.

В Особенной части УК РФ ст. 286 устанавливает ответственность только за совершение должностным лицом действий, явно выходящих за пределы его полномочий и повлекших существенное нарушение прав и законных интересов граждан или организаций либо охраняемых законом интересов общества или государства, но не за бездействие. Гипотетически можно ставить вопрос о применении ст. 293 УК РФ, предусматривающей ответственность за халатность, однако она все-таки является общей нормой, применение которой к данной ситуации может быть невозможно, например, из-за специфики описания в ней признаков субъекта преступления, которым не может являться начальник *de facto*, и исключительно из-за неосторожной формы вины в составе.

Статья 316 УК РФ охватывает лишь небольшой круг возможных ситуаций в связи с ответственностью командира, а именно непринятие им мер к наказанию подчиненных. Данная норма имеет ограниченный характер применения ввиду, во-первых, исключительно умышленного характера деяния (тогда как ответственность командира может базироваться и на неосторожности); во-вторых, ограничения круга укрываемых преступлений только особо тяжкими (тогда как подчиненные могут нарушать нормы международного гуманитарного права путем

совершения преступлений относимых в национальном законодательстве к преступлениям меньшей категории тяжести); в-третьих, самой по себе сомнительности рассмотрения бездействия в наказании как разновидности укрывательства⁸.

Неприменима и ст. 356 УК РФ, поскольку ответственность командира сама по себе не является применением средств и методов, запрещенных международным договором, а образует особый вариант привлечения к ответственности за такое нарушение, совершенное иными лицами.

Соответственно, в судебной практике можно наблюдать очевидные сложности в квалификации преступных действий. Например, в деле Л. (события имели место в начале 2000-х гг. в Чечне, и все сказанное ниже будет иметь значение, только если квалифицировать сложившуюся там в то время ситуацию как вооруженный конфликт немеждународного характера⁹) причинение тяжкого вреда здоровью потерпевшего М. завершилось, как указано в приговоре суда, тем, что «неустановленные следствием сотрудники Октябрьского ВОВД (предположительно, подчиненные Л. — Г. Е.), действуя с ведома и согласия Л., вывели из ИВС Октябрьского ВОВД задержанного М. и на автомашине увезли его в неустановленном направлении».

Один из возможных вариантов реконструкции событий сводится к тому, что впоследствии имело место убийство М. (запрещенное ст. 3 Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны от 12 августа 1949 г. и потому требующее квалификации по

⁸ В современной литературе отрицается возможность совершения укрывательства путем бездействия, поскольку последнее в такой ситуации образует ненаказуемое по действующему УК РФ недонесение о преступлении. См., например: Преступления против правосудия / под ред. А. В. Галаховой. М., 2005. В судебной практике также подчеркивается, что укрывательство преступлений может иметь место только в форме действия. Например: «Признавая М. виновной в заранее не обещанном укрывательстве особо тяжкого преступления (ст. 316 УК РФ), суд не указал в приговоре, в чем выразились эти действия. Из материалов дела следует, что осужденный за убийство П. и осужденная по ст. 316 УК РФ М. проживали как сожители в одной квартире, и М. была осведомлена о совершенном П. преступлении. Поскольку УК РФ не предусматривает уголовную ответственность за недонесение о преступлениях, дело прекращено за отсутствием в действиях М. состава преступления...» (см.: Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за четвертый квартал 1998 года. Определение № 56-О98-87 // СПС «КонсультантПлюс»).

⁹ См.: постановления Государственной Думы от 12 марта 1997 г. № 1199-II ГД «Об объявлении амнистии в отношении лиц, совершивших общественно опасные деяния в связи с вооруженным конфликтом в Чеченской Республике»; от 6 июня 2003 г. № 4125-III ГД «Об объявлении амнистии в связи с принятием Конституции Чеченской Республики».

совокупности ст. 105 и 356 УК РФ (применительно к последней — по признаку «жестокого обращения с гражданским населением»)), и Л. как командир мог бы при наличии нормы в уголовном законе (и доказанности факта убийства, совершенного подчиненными) подлежать уголовной ответственности за бездействие в связи с этим преступлением, поскольку непосредственные исполнители преступления действовали «с ведома и согласия Л.», что обрывает по меньшей мере неосторожность как

признак субъективной стороны гипотетического состава бездействия командира¹⁰.

Таким образом, можно сделать вывод, что в российском уголовном законодательстве на сегодня нет единой и комплексной нормы, имплементирующей конструкцию ответственности командира. Данный пробел уголовного законодательства может и должен быть восполнен. То, как это должно быть произведено *de lege ferenda*, составляет отдельный предмет для обсуждения.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Кибальник А. Г. Современное международное уголовное право. СПб., 2003. — 252 с.
2. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный) / отв. ред. В. М. Лебедев. — 13-е изд., перераб. и доп. — М., 2013. — 1069 с.
3. Коняхин В. П. Взаимосвязь международного и внутригосударственного уголовного права: законодательный и правоприменительный аспекты // Известия вузов. Правоведение. — 2010. — № 6. — С. 81—91.
4. Лихачев М. А. Правовой статус личности как воплощение взаимодействия внутригосударственного и международно-правового регулирования // Российский юридический журнал. — 2010. — № 2. — С. 169—176.
5. Преступления против правосудия / под ред. А. В. Галаховой. — М., 2005. — 416 с.
6. Субботина Е. Н. Механизм имплементации международного уголовного права в зарубежных странах и в России. — М., 2012. — 216 с.
7. Уголовное право Российской Федерации : Общая часть : учебник / под ред. В. С. Комиссарова, Н. Е. Крыловой, И. М. Тяжковой. — М., 2012. — 879 с.
8. Цветков А. А. Судебное толкование норм международного права как части уголовно-правовой системы России // Российский судья. — 2005. — № 4. — С. 43—46.

Материал поступил в редакцию 3 сентября 2017 г.

RESPONSIBILITY OF COMMANDERS UNDER RUSSIAN CRIMINAL LAW IN THE CONTEXT OF DE LEGE LATA¹¹

ESAKOV Gennady Alexandrovich — Doctor of Law, Professor of the Department of Criminal Law and Criminology at the Faculty of Law of the National Research University "High School of Economics"
gesakov@hse.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Myasnitskaya, 20

Abstract. *The article deals with the issue of current reflection of the specific concept of international humanitarian law, i.e. command responsibility, in THE Russian Criminal Law. The emergence of such a specific penal construction is necessitated by the need to bring to justice commanders (or superiors regardless of their civil or military status) for condoning the com-*

¹⁰ См.: определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 26 июля 2011 г. № 23-Д11-5.

¹¹ The paper was prepared in the course of a study (No. 15-01-0015) carried out under the Programme "Scientific Foundation of the National Research University" High School of Economics (HSE HSE) in 2015-2016 and using the state support subsidy to support the leading universities in the Russian Federation in order to increase their competitiveness among the world's leading scientific and educational centres granted to the HSE. The paper is written with the information support of "KonsultantPlus" Co.

mission of a crime. The latter, by virtue of their superior position over their subordinates, obviously have the possibility of preventing them from committing crimes. Accordingly, the failure to take appropriate measures to prevent subordinates from committing war crimes, which, directly or indirectly, may even encourage subordinates to violate international humanitarian law rules, should be punishable. The author refers to the history of this construction in international humanitarian law and examines the permissibility of the direct operation of the rules of international humanitarian law in this part. It is concluded that the commanding officer can be held liable under the Russian Criminal Law is only possible after the rule in question is established (or identified) in the Russian Criminal Law, and this rule completely meets a relevant obligation assumed by the Russian Federation, i.e. criminalizing the failure of a commander on the scale envisaged by international humanitarian law. The author goes on to the implementation of the relevant provisions in Russian and Soviet legislations and then refers to the 1996 Russian Criminal Code. The author concludes that the full scheme of such responsibility does not exist under the existing Criminal Code, since neither the General Part with regard to complicity nor the Special Part with regard to certain crimes provide for criminal responsibility of commanders. It is impossible to justify the commander's responsibility through the institution of complicity. Article 42 of the Criminal Code of the Russian Federation concerning execution of an order as a defense to criminal responsibility is not applicable. Articles 286, 293, 316 and 356 of the Criminal Code also do not cover the whole range of situations involving responsibility of the commander. However, there are complex criminal cases in which criminal responsibility could be properly justified only if the doctrine of command responsibility is applied.

Keywords: international humanitarian law, criminalization, implementation, command responsibility, criminal law, fault, negligence, omission to act, causation, prevention of a crime.

REFERENCES

1. Kibalnik, A. G. Contemporary International Criminal Law. St. Petersburg, 2003. — 252 p.
2. Commentary on the Criminal Code of the Russian Federation (article by article) / Ed. by V. M. Lebedev. 13th ed., revised. M., 2013. — 1069 p.
3. Konyakhin, V. P. Interrelationship between International and Domestic Criminal Law: Legislative and Law Enforcement Aspects // The News of Universities. The Jurisprudence. 2010. № 6. — P. 81-91.
4. Likhachev, M. A. A legal status of an individual as an embodiment of the interplay between domestic and international legal regulation // Russian Legal Journal. 2010. № 2. — P. 169-176.
5. Crimes against justice / Ed. by V. Galakhova. M., 2005. — 416 p.
6. Subbotina, E. N. The mechanism for the implementation of international criminal law in foreign countries and in Russia. M., 2012. — 216 p.
7. Criminal Law of the Russian Federation. General Part: Textbook / Ed. by V. S. Komissarov, N. E. Krylova, I. M. Tyazhkova. M., 2012. — 879 p.
8. Tsvetkov, A. A. Judicial interpretation of International Law as Part of the Russian Criminal Law System // Russian Judge. 2005. № 4. — P. 43—46.