



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
10 June 2010

Original: Russian

Комиссия международного права

Шестьдесят вторая сессия

Женева, 3 мая — 4 июня и 5 июля — 6 августа 2010 года

Второй доклад об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции

Подготовлен Специальным докладчиком
Романом Анатольевичем Колодкиным

Содержание

	<i>Стр.</i>
I. Введение	2
II. Объем иммунитета должностного лица государства от иностранной уголовной юрисдикции	9
A. Предварительные соображения	9
B. Иммунитет <i>ratione materiae</i>	12
C. Иммунитет <i>ratione personae</i>	21
D. Действия государства, осуществляющего юрисдикцию, которым препятствует иммунитет должностного лица	23
E. Территориальная сфера действия иммунитета	29
F. Есть ли исключения из правила об иммунитете?	31
1. Предварительные соображения	31
2. Обоснования исключений	33
3. Выводы об исключениях	59
G. Резюме	61

* Переиздано по техническим причинам 15 февраля 2011 года.



I. Введение

1. Тема «Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции» была включена в долгосрочную программу работы Комиссии международного права (далее — Комиссия) на ее пятьдесят восьмой сессии (2006 год) на основе предложения, подготовленного автором настоящего доклада¹. На пятьдесят девятой сессии (2007 год) Комиссия решила включить тему в свою текущую программу работы². На этой же сессии был назначен Специальный докладчик по данной теме³, а Секретариату адресована просьба подготовить справочное исследование по ней⁴.

2. На шестидесятой сессии Комиссии был представлен Предварительный доклад (точнее, его первая часть и начало второй части)⁵ и Меморандум Секретариата по теме⁶.

3. В первой части и начале второй части Предварительного доклада была кратко изложена история рассмотрения Комиссией и Институтом международного права (далее — Институт) вопроса об иммунитете должностных лиц государства от иностранной юрисдикции, очерчен круг вопросов, которые предлагаются для рассмотрения Комиссией на предварительном этапе работы над темой. В их числе вопрос об источниках иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции; вопрос о содержании понятий «иммунитет» и «юрисдикция», «уголовная юрисдикция» и «иммунитет от уголовной юрисдикции» и о соотношении иммунитета и юрисдикции; вопрос о типологии иммунитета должностных лиц государства (иммунитет *ratione personae* и иммунитет *ratione materiae*); вопрос об обосновании иммунитета должностных лиц государства и о соотношении иммунитета должностных лиц с иммунитетом государства, с дипломатическим и консульским иммунитетом и иммунитетом членов специальных миссий⁷.

4. Наряду с этим в представленной на шестидесятой сессии Комиссии части Предварительного доклада были обозначены вопросы, которые, по мнению Специального докладчика, необходимо рассмотреть для определения сферы охвата настоящей темы. В качестве таковых были, в частности, рассмотрены: вопрос о том, какие должностные лица государства — все или только часть из них (например, только главы государств, главы правительств, министры иностранных дел) — должны охватываться будущими проектами руководящих принципов или проектами статей, которые могли бы быть подготовлены Комиссией в результате рассмотрения данной темы; вопрос об определении поня-

¹ Содержится в приложении А к докладу Комиссии о ее пятьдесят девятой сессии. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят первая сессия, Дополнение № 10 (A/61/10)*, пункт 257.

² *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят вторая сессия, Дополнение № 10 (A/62/10)*, пункт 376.

³ Там же.

⁴ Там же, пункт 386.

⁵ Предварительный доклад об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, A/CN.4/601 (далее — Предварительный доклад).

⁶ A/CN.4/596 и Согг.1 (называемый далее «Меморандум Секретариата»).

⁷ Предварительный доклад, пункты 27–101.

тия «должностное лицо государства»; вопрос о признании в контексте настоящей темы; вопрос об иммунитете членов семей должностных лиц государства⁸.

5. Кроме того, в качестве вопросов, которые, по мнению Специального докладчика, необходимо рассмотреть для определения сферы охвата темы, были обозначены: вопрос об объеме иммунитета, которым пользуются те действующие и бывшие должностные лица, которые будут охватываться будущими проектами руководящих принципов или статей; вопрос об отказе от иммунитета (и, возможно, другие процедурные аспекты иммунитета)⁹.

6. Выводы, сделанные Специальным докладчиком в результате анализа, проделанного в представленной части Предварительного доклада, содержатся в его пунктах 102 и 130¹⁰.

⁸ Там же, пункты 125–129.

⁹ Там же, пункт 4.

¹⁰ «102. ... а) Основным источником иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции является международное право, в частности обычное международное право.

b) Юрисдикция и иммунитет — взаимосвязанные, но различные явления. В рамках настоящей темы следует ограничиться рассмотрением иммунитета и не рассматривать по существу вопрос о юрисдикции как таковой.

c) Уголовная юрисдикция государства, как и юрисдикция государства в целом, реализуется в виде законодательной, исполнительной и судебной юрисдикции (либо в виде законодательной и исполнительной, если под последней понимать как исполнительную, так и судебную).

d) Исполнительная (или исполнительная и судебная) уголовная юрисдикция, имея общие черты с гражданской юрисдикцией, отличается от нее, в том числе и тем, что многие уголовно-процессуальные действия осуществляются до судебной стадии юридического процесса. Соответственно уже на досудебной стадии вопрос об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции имеет большое значение.

e) Иммунитет должностных лиц от иностранной юрисдикции — это норма международного права и соответствующее ей правоотношение, в которых юридическому праву бенефициария на то, чтобы в отношении него не осуществлялась иностранная юрисдикция, корреспондирует юридическое обязательство иностранного государства не осуществлять юрисдикцию в отношении данного лица.

f) Иммунитет от уголовной юрисдикции — это иммунитет только от исполнительной и судебной юрисдикции (или только от исполнительной, если под ней понимать как исполнительную, так и судебную юрисдикцию). Таким образом, это иммунитет от уголовного процесса или от уголовно-процессуальных действий, но не от материального права иностранного государства.

g) Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции имеет процессуальный, а не субстантивный характер. Он является препятствием на пути реализации уголовной ответственности, но не исключает ее в принципе.

h) Действия, которые должностное лицо совершает в официальном качестве, присваиваются государству. Поэтому должностное лицо защищено от уголовной юрисдикции иностранного государства иммунитетом *ratione materiae*. Но это не исключает одновременно присвоения этих действий лицу, которое их совершило.

i) За иммунитетом должностного лица, будь то иммунитет *ratione personae* или иммунитет *ratione materiae*, и его бенефициариями в конечном счете стоит государство, являющееся единственным обладателем права отказаться от иммунитета должностного лица.

j) Иммунитет должностного лица от иностранной уголовной юрисдикции имеет несколько взаимодополняющих и взаимосвязанных обоснований: функционально-представительское; международно-правовые принципы суверенного равенства государств

7. Эти выводы в основном получили поддержку в Комиссии. В своем заключительном слове Специальный докладчик мог констатировать, в частности, широкое согласие в отношении того, что:

- a) основным источником иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции является обычное международное право;
- b) понятие «иммунитет» предполагает правовое отношение и корреляцию соответствующих прав и обязательств;
- c) иммунитет носит процессуальный характер;
- d) иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции — это иммунитет от исполнительной и судебной, но не законодательной юрисдикции;
- e) вопрос о таком иммунитете возникает еще на досудебной стадии уголовного процесса;
- f) разграничение между иммунитетом *ratione materiae* и *ratione personae* полезно в аналитических целях;
- g) в сферу охвата темы не входят вопросы международной уголовной юрисдикции;
- h) в том что касается сферы охвата темы по кругу лиц, следует рассматривать статус всех должностных лиц государства;
- i) следует использовать именно термин «должностное лицо государства» и дать ему определение;
- j) иммунитетом *ratione personae* пользуются, по крайней мере, главы государств и правительств, а также министры иностранных дел.

и невмешательства во внутренние дела; необходимость обеспечения стабильности международных отношений и независимого осуществления государствами их деятельности.»

«130. ... a) В рамках настоящей темы речь идет только об иммунитете должностных лиц одного государства от национальной (а не международной) уголовной (а не гражданской или административной) юрисдикции другого государства (а не государства, на службе которого находится лицо).

b) Предлагается охватить настоящей темой всех должностных лиц государства.

c) Можно попытаться определить понятие «должностное лицо государства» для настоящей темы или определить круг лиц, которых включает это понятие для целей настоящей темы.

d) К числу высокопоставленных должностных лиц, которые пользуются по должности персональным иммунитетом, относятся, прежде всего, главы государств, главы правительств и министры иностранных дел.

e) Можно попытаться очертить круг иных, помимо указанной тройки, высокопоставленных должностных лиц, которые пользуются иммунитетом *ratione personae*. Выделить таких лиц из числа всех высокопоставленных должностных лиц можно, если удастся определить критерий или критерии, обуславливающие особый статус этой категории высокопоставленных должностных лиц.

f) Целесообразность дальнейшего рассмотрения в рамках настоящей темы вопроса признания и вопроса об иммунитете членов семей высокопоставленных должностных лиц вызывает сомнения».

8. В ходе обсуждения доклада Комиссии о ее шестидесятой сессии в Шестом Комитете в Шестом Комитете Генеральной Ассамблеи в 2008 году по рассматриваемой теме выступили многие делегации¹¹.

9. При обсуждении доклада Комиссии о ее шестидесятой первой сессии в Шестом Комитете Генеральной Ассамблеи в 2009 году, несмотря на то, что продолжение Предварительного доклада не было представлено Специальным докладчиком, и, как следствие этого, Комиссия не рассматривала тему на шестьдесят первой сессии, в выступлениях ряда делегаций указывалось на важность продолжения работы над ней¹². Делегация Южной Африки, в частности, подчеркнула значение данной темы в свете продолжающейся дискуссии об осуществлении национальной универсальной юрисдикции и выделила вопросы, на которые, по ее мнению, должна ответить Комиссия¹³.

10. В дискуссии об универсальной уголовной юрисдикции между Африканским Союзом и Европейским Союзом, по итогам которой был подготовлен доклад экспертов, также немаловажное место занял вопрос об иммунитете¹⁴. Это относится и к состоявшемуся в 2009 году обсуждению вопроса об универсальной уголовной юрисдикции в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи¹⁵.

11. За время, прошедшее после рассмотрения Предварительного доклада, Международный Суд начал рассматривать дела, имеющие в той или иной сте-

¹¹ См. Доклад Комиссии международного права о работе ее шестидесятой сессии (2008). Подготовленное Секретариатом ООН тематическое резюме обсуждения, состоявшегося в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи в ходе ее шестьдесят третьей сессии. A/CN.4/606, стр. 21–24.

¹² См., в частности, выступления делегаций Австрии и Южной Африки 26 октября 2009 года (A/C.6/64/SR.15, pages. 30, 69–70), Венгрии и Португалии 27 октября 2009 года (A/C.6/64/SR.16, pages. 35, 41), Ганы и Ливии 28 октября 2009 года (A/C.6/64/SR.17, pages. 6, 16).

¹³ Среди вопросов, стоящих перед Комиссией, представитель Южной Африки выделил, в частности, следующие: обладают ли министры иностранных дел и другие высшие должностные лица государства полным иммунитетом согласно обычному международному праву, применим ли такой иммунитет в случае геноцида, военных преступлений и преступлений против человечности, существуют ли временные рамки такого иммунитета и, если да — одинаковы ли они для всех должностных лиц, какое значение для иммунитета будет иметь тот факт, что упомянутые преступления потенциально могут быть отнесены к категории преступлений согласно нормам *jus cogens*. Делегация Южной Африки также проявила интерес к вопросу о соотношении иммунитета и полномочий национальных властей принимать меры в целях ареста высших должностных лиц на основании запросов международных трибуналов. См. выступление представителя Южной Африки в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций 26 октября 2009 года, A/C.6/64/SR.15, пункты 69–70.

¹⁴ См. the report of the African Union-European Union Technical ad hoc Expert Group on the Principle of Universal Jurisdiction, Council of the European Union document 8672/1/09 Rev.1, 16 April 2009 (называемый далее «доклад группы экспертов Африканского союза и Европейского союза»).

¹⁵ См. выступления делегаций Туниса, Ирана (Исламской Республики), Коста-Рики, Свазиленда, Южной Африки, Китая, Перу, Австрии, Финляндии, Судана, Индонезии, Российской Федерации, Лихтенштейна, Руанды, Сенегала и Эфиопии 20 и 21 октября 2009 года (A/C.6/64/SR.12 и SR.13). Отдельные делегации особо подчеркивали связь между концепцией универсальной юрисдикции и нормами международного права об иммунитете государства и его должностных лиц, указывая на необходимость взвешенного подхода к решению вопроса об ответственности лиц за совершение преступлений по международному праву.

пени отношение к данной теме: дело *О вопросах, относящихся к обязательству осуществлять уголовное преследование или выдавать (Бельгия против Сенегала)*¹⁶; дело *О юрисдикционных иммунитетах государств (Германия против Италии)*¹⁷. На рассмотрении Суда по-прежнему находится дело *О некоторых уголовно-правовых процедурах (Конго против Франции)*¹⁸, в котором также затрагиваются вопросы иммунитета высших и высокопоставленных должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции.

12. В период после рассмотрения Предварительного доклада эти вопросы неоднократно становились предметом рассмотрения в рамках национальных юрисдикций¹⁹.

13. В связи с упомянутой выше дискуссией по универсальной юрисдикции, в связи с рассмотрением вопросов иммунитета иностранных должностных лиц в национальных юрисдикциях, в рамках дел в Международном Суде и в иных случаях об иммунитете от иностранной юрисдикции неоднократно за последнее время высказывали свою позицию правительства²⁰. Произошли и изменения в законодательстве некоторых государств²¹.

¹⁶ *Case Concerning Questions relating to Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, (available at: <http://www.icj-cij.org>).

¹⁷ *Case Concerning Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, (available at: <http://www.icj-cij.org>).

¹⁸ *Case Concerning Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo v. France)*, (available at: <http://www.icj-cij.org>).

¹⁹ В ноябре 2008 года во Франкфурте на основании ордера на арест, выданного французским судьей, была арестована Р. Кабуе (Rose Kabuye), Глава протокола Президента Руанды, которой предъявлялись обвинения в связи с убийством бывшего Президента Руанды в 1994 году, положившим начало кровопролитию в этой стране. В марте 2009 года она была освобождена из-под стражи. (BBC News, 23.12.2008, <http://news.bbc.co.uk/go/pr/fr/-/2/hi/africa/7797024.stm>). По сообщениям прессы, соответствующее дело было прекращено (The New Times, <http://www.newtimes.co.rw/index.php?issue=14030&article=20425>). В декабре 2009 года суд магистрата Вестминстера выдал ордер на арест главы оппозиции Израила Ц. Ливни (Tzipi Livni) по обвинениям в совершении военных преступлений в Газе. В период, на который приходится вменяемые ей в вину события, Ц. Ливни занимала должность министра иностранных дел Израила. Вскоре ордер был отменен, по сообщением СМИ, по той причине, что было установлено, что Ц. Ливни находится вне территории Соединенного Королевства. (The Guardian, 15.12.2009, <http://www.guardian.co.uk/world/2009/dec/15/tzipi-livni-arrest-warrant-israeli>). Ранее в Соединенном Королевстве предпринимались попытки добиться ареста Э. Барака (Ehud Barak), израильского министра обороны, однако за ним был признан дипломатический иммунитет. (The Guardian, 29.09.2009, <http://www.guardian.co.uk/world/2009/sep/29/ehud-barak-war-crimes-israel>). В Испании в период 2008–2009 годов были начаты расследования в связи с обвинениями в совершении в Тибете преступлений против человечности и геноцида, выдвинутыми против высокопоставленных должностных лиц и политических деятелей Китая (бывшего Председателя Китая Дзян Дземиня (Jiang Zemin), министра обороны Лян Гуаньли и других лиц). Ввиду изменений в законодательстве Испании, которые ограничили сферу применения «универсальной юрисдикции», дела были прекращены. (El Pais, 27.02.2010, http://www.elpais.com/articulo/espana/Pedraz/archiva/investigacion/genocidio/Tibet/elperuesp/20100227elpepinac_7/Tes). В декабре 2009 года в Аргентине также издан ордер на арест Дзян Дземиня и главы службы безопасности Люю Гана по обвинениям в преступлениях против человечности, выразившихся в преследованиях в отношении движения «Фалуьнгун» (Argentina judge asks China arrests over Falun Gong, 22.02.2010, <http://www.reuters.com/assets>).

²⁰ См. сноски 12 и 15 выше. С соответствующими комментариями высказывались высокопоставленные представители Соединенного Королевства и Израила в связи с ордером на арест Ц. Ливни, изданным в Лондоне. См. также материалы слушаний в

14. После появления Меморандума Секретариата и Предварительного доклада, в 2009 году принята резолюция Института международного права «Иммунитет государства и лиц, которые действуют от его имени, от юрисдикции в случае преступлений по международному праву»²². Кроме того, опубликованы новые работы по рассматриваемой теме²³.

15. Для рассмотрения темы в Комиссии важное значение имеет фактологическая сторона. Если мы хотим добиться реалистичного результата нашей работы, необходимо отталкиваться от реальности и не выдавать желаемое за действительное. Как следует из книги “Prosecuting Heads of State”²⁴, содержащей весьма интересную для рассматриваемой темы фактологическую информацию, в период с 1990 года по июнь 2008 года в отношении, по меньшей мере, 67 глав государств и правительств были предприняты попытки уголовного преследования в различных юрисдикциях, примерно в 65 случаях из них речь идет о национальных юрисдикциях. Порядка 10 случаев из этих 65 — это попытки уголовного преследования бывших глав государств и правительств в иностранных государствах. Речь идет о попытках уголовного преследования бывших глав государств и правительств Аргентины в Испании (5 случаев), в Италии и

Международном Суде по вопросу о временных мерах в деле *О вопросах, касающихся обязательства осуществлять уголовное преследование или выдавать (Case Concerning Questions relating to Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal))*, Oral proceedings, 6–8 April 2009. Available at: <http://www.icj-cij.org>.

- ²¹ Так, были внесены изменения в законодательство Испании, регулирующие применение универсальной юрисдикции. Установлено требование наличия «связи» между рассматриваемым делом и государством Испании (Spanish Congress Enacts Bill Restricting Spain's Universal Jurisdiction, www.cja.org/artcile.php?id=740&printsafe=1; The New York Times, 21 мая 2009 года (www.nytimes.com)).
- ²² Resolution on the Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in case of International Crimes, Institute of International Law, Naples session, 2009 (available from www.idi-iil.org, называемая далее «резолюция Института 2009 года»).
- ²³ Например: K.R. O'Donnell, “Note: Certain Criminal Proceedings in France (Republic of Congo v. France) and Head of State Immunity: How Impenetrable should the Immunity Veil Remain?”, Boston Univ. Int'l Law Journal 375 (2008); M.M. Penrose, “The Emperor's Clothes: Evaluating Head of State Immunity Under International Law”, 7 Santa Clara J. Int'l L. 85 (2010); *Prosecuting Heads of State*, ed. by E.I. Lutz and C. Reiger. Cambridge Univ. Press, 2009; G. Buzzini, “Lights and Shadows of Immunities and Inviolability of State Officials in International Law: Some Comments on the Djibouti v. France Case”, Leiden Journal of International Law, 22 (2009), pp. 455–483; Th. Rensmann, “Impact on the Immunity of States and their Officials” in *The impact of human rights law on general international law*, Oxford Univ. Press, 2009, pp. 151–170; A.J. Colangelo, “Universal jurisdiction as an international “false conflict” of laws”, 30 Mich. J. Int'l L. 881 2008–2009, pp. 885–925; N. Roht-Arriaza, “Making the State Do Justice: Transnational Prosecutions and International Support for Criminal Investigations in Post-Armed Conflict Guatemala”, 9 Chi. J. Int'l L. 79 (2008–2009), pp. 79–106; M. Summers, “Diplomatic Immunity *ratione personae*: did the International Court of Justice create a new customary law rule in Congo v. Belgium”, 16 Mich. St. J. Int'l L. 473 (2007–2008), pp. 459–473; K. Ambos, “Prosecuting Guantanamo in Europe: can and shall the masterminds of the “torture memos” be held criminally responsible on the basis of universal jurisdiction?”, 42 Case W. Res. J. Int'l L. 405 (2009) pp. 405–447; W. Kaleck, “From Pinochet to Rumsfeld: Universal Jurisdiction in Europe 1998–2008”, 30 Mich. J. Int'l L. 927 2008–2009, pp. 927–980; M. Alderton, “Immunity for Heads of State acting in their private capacity—Thor Shipping A/S V The Ship ‘Al Duhail’”, ICLQ vol. 58, July 2009, pp. 702–711; K. Gallagher, “Efforts to hold Donald Rumsfeld and other high-level United States officials accountable for torture”, Journal of International Criminal Justice vol. 7 (2009), pp. 1087–1116.
- ²⁴ Prosecuting Heads of State, note 23 above.

Германии (1 случай); Чили — в Испании (1 случай); Чада — в Сенегале и Бельгии (1 случай); Суринама — в Нидерландах (1 случай)²⁵. Вряд ли эта фактология носит исчерпывающий характер. По крайней мере, к ней можно добавить обвинительные заключения, вынесенные в последнее время против бывшего руководителя Китая в Испании²⁶ и Аргентине²⁷, а также случаи, упомянутые в Предварительном докладе²⁸. При этом в подавляющем большинстве случаев эти попытки привлечь к уголовной ответственности бывших глав государств и правительств и бывших должностных лиц уровнем ниже²⁹ были безуспешными. Эта фактология по-своему показательна.

16. С одной стороны, попытки уголовного преследования иностранных высших должностных лиц продолжают предприниматься. С другой — это происходит в очень небольшом числе государств, практически только в отношении бывших таких должностных лиц, и эти попытки приносят результат только тогда, когда государство, об уголовном преследовании должностных лиц которого идет речь, соглашается с таким преследованием. Между тем, подобное согласие имеет место крайне редко. За последнее время можно вспомнить, пожалуй, лишь согласие Чада с уголовным преследованием бывшего президента этой страны Х. Хабре в Сенегале³⁰ и Аргентины в отношении ее бывшего военнослужащего А. Скилинго (был осужден за преступления против человечности во время «Грязной войны» 1976–1983 годов) — в Испании³¹. Отмечается, что удавшиеся на сегодня попытки осуществить универсальную юрисдикцию

²⁵ Там же.

²⁶ См. сноску 19 выше.

²⁷ Там же.

²⁸ See Preliminary Report, for ex., note 219.

²⁹ Они безуспешно предпринимались, например, во Франции и Германии против министра обороны США Д. Рамсфелда (“French Prosecutors throw out Rumsfeld torture case”, Reuters, 23 November 2007 (www.reuters.com/article/idUSL238169520071123); K. Gallagher, *op.cit.*, note 23 above, pp. 1109–1112). Известно также так называемое дело “Bush Six” (шесть высокопоставленных чиновников Администрации Д. Буша, среди которых бывшие генеральный прокурор и заместитель министра обороны) в Испании (*ibid.*). Несмотря на рекомендации Генерального прокурора Испании, в январе 2010 года Central Court for Preliminary Criminal Proceedings number five, National Court (Madrid) подтвердил наличие юрисдикции Испании в отношении данного дела и санкционировал продолжение разбирательства по жалобам против должностных лиц Соединенных Штатов (данное дело основано на частном обвинении от имени ряда неправительственных правозащитных организаций Испании, представляющих интересы лиц, ставших жертвами пыток и других видов жестокого и унижающего достоинство обращения со стороны военнослужащих Соединенных Штатов. Юрисдикция Испании в данном деле была подтверждена, несмотря на введенные в 2009 году ограничения применения «универсальной юрисдикции» в этой стране, поскольку Суд счел достаточным факт наличия у одного из пострадавших испанского гражданства).

³⁰ Примечательно, во-первых, что даже при отказе Чада от иммунитета Х. Хабре, сенегальский суд указал на иммунитет бывшего главы государства, а во-вторых, что Сенегал, осуществляя свою уголовную юрисдикцию в данном деле, опирался на соответствующее решение Африканского Союза (См.: Decision on the Hissene Habre case and the African Union Doc. Assembly/AU/3 (VII), 02 July 2006, Assembly/AU/Dec.127 (VII), available at: <http://www.africa-union.org/root/au/Conferences/Past/2006/July/summit/summit.htm>). См. также: Case Concerning Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Provisional Measures, Order, 28.05.2009 (available at: www.icj-cij.org).

³¹ Argentina Recognizes Spain's Jurisdiction to Try Rights Abuser, IPS Inter Press Service, 18 April 2005 (<http://ipsnews.net>).

имели место как раз в случае согласия соответствующего государства³². В других случаях государства обычно негативно реагируют на попытки осуществления иностранной уголовной юрисдикции в отношении своих даже бывших глав государств и правительств, как, впрочем, и других высокопоставленных должностных лиц. В отсутствие сотрудничества с государством, о должностном лице которого идет речь, полноценное, юридически корректное уголовное преследование такого лица практически невозможно. Соответственно, заканчиваются такие попытки в основном лишь осложнением отношений между государствами³³.

II. Объем иммунитета должностного лица государства от иностранной уголовной юрисдикции

A. Предварительные соображения

17. В качестве отправной точки для рассмотрения вопросов, относящихся к объему иммунитета, следует напомнить о некоторых положениях, сформулированных в первой части Предварительного доклада. В частности, на основе анализа, содержащегося в пунктах 56–59, 64–70, 84–96, были сформулированы выводы, содержащиеся в подпунктах (e)–(j) пункта 102. Для целей рассмотрения вопросов объема иммунитета важны следующие:

- “[i]mmunity of officials from foreign criminal jurisdiction is a rule of international law and the corresponding juridical relations, in which the juridical right of the person ... not to be subject to foreign jurisdiction reflects the juridical obligation of the foreign state not to exercise jurisdiction over the person ...”³⁴,

³² Chandra Lekha Sriram, The “Pinochet Precedent”: A Mixed Legacy for Human Rights, *Jurist Legal News and Research*, <http://jurist.law.pitt.edu>.

³³ В результате угрозы ареста Ц. Ливни был отменен ряд визитов высокопоставленных представителей Израиля в Соединенное Королевство, а осложнение двусторонних отношений стало предметом ряда публикаций и высказываний официальных лиц (Israel fury at UK's Livni warrant, *BBC News*, 15 December 2009, <http://news.bbc.co.uk>). Китай выступил с протестами против решений, посягающих на руководство страны в Испании и Аргентине (The New York Times, 06 June 2006, www.nytimes.com/2006/06/06/world/europe/06iht-briefs.1904656.html?scp=1&sq=China%20warns%20Spain%20over%20Tibet&st=cse; Voice of America News, 24.12.2009, www1.voanews.com/english/news/asia/China-Criticizes-Argentina-for-Arrest-Request-of-Jiang-Zemin-Support-of-Falun-Gong--80053822.html). Попытка добиться ареста министра иностранных дел Демократической Республики Конго в Бельгии привела к межгосударственному спору, рассмотрение которого было перенесено в Международный Суд (Case Concerning Questions relating to Obligation to Prosecute or Extradite, see at: <http://www.icj-cij.org>). Ордера на арест ряда руандийских высокопоставленных военных, выданные во Франции, привели к разрыву в 2006 году Руандой дипломатических отношений с Францией (The New York Times, 24 November 2006, www.nytimes.com).

³⁴ Видимо, точнее говорить о правах государства, на службе которого находилось или находится лицо, чем о правах лица. Правом ссылки на иммунитет обладает, прежде всего, государство, а не лицо. Спор о нарушении прав и обязательств, вытекающих из иммунитета, возникает между государством, ссылающимся на иммунитет, и государством, осуществляющим юрисдикцию. См., например, *Arrest Warrant, Judgment*, para. 40: “[d]espite the change in professional situation of Mr. Yerodia, the character of the dispute

- “[i]mmunity from criminal jurisdiction ... is immunity from criminal process or from criminal procedure measures [and not from the substantive law of the foreign State]”;
- “[i]mmunity ... is an obstacle to criminal liability but does not in principle preclude it”;
- “[a]ctions performed by an official in an official capacity are attributed to the State. The official is therefore protected from the criminal jurisdiction of a foreign State by immunity *ratione materiae*. However, this does not preclude attribution of these acts also to the person who performed them.”;
- “[u]ltimately the State ... stands behind the immunity of an official, whether this is immunity *ratione personae* or immunity *ratione materiae*, and behind those who enjoy immunity”;
- rationale for the immunity has some interrelated components, including principles of international law concerning sovereign equality of States and non-interference in internal affairs; need to ensure the stability of international relations and the independent performance of States’ activities³⁵.

18. То, что иммунитет от иностранной юрисдикции является нормой, т.е. общим правилом, нормальным положением вещей, а его отсутствие в тех или иных случаях является исключением из этого правила, достаточно широко признается, несмотря на наличие в доктрине иной точки зрения³⁶. В данном контексте важно не то, надо или не надо государству ссылаться на иммунитет своего должностного лица для того, чтобы вопрос об иммунитете был рассмотрен или принят во внимание государством, осуществляющим юрисдикцию (сюжет о такой ссылке будет рассмотрен далее в процессуальном разделе). Важно, что если речь идет о высших должностных лицах, действующих иных должностных лицах, о деяниях бывших должностных лиц, совершенных, когда они состояли на службе, в официальном качестве, то доказывать надо наличие изъятия, исключения из этой нормы, т.е. отсутствие иммунитета, а не существ-

submitted to the Court by means of the Application has not changed: the dispute still concerns the lawfulness of the Arrest Warrant issued ... against a person who was at the time Minister for Foreign Affairs of the Congo, and the question whether the rights of the Congo have or have not been violated by that warrant.”, available at www.icj-cij.org. В деле *Certain Criminal Proceeding in France (Republic of the Congo v. France)* Конго основывало свой запрос о временных мерах на своем праве на «respect by France for the immunities conferred by international law on ...the Congolese Head of State», Provisional Measures, Order of 17 June 2003, para.28. См. также комментарий лорда Филиппа (Lord Phillips of Worth Matravers): “It is common ground that the basis of the immunity claimed is an obligation owed to Chile, not to Senator Pinochet. The immunity asserted is Chile’s” в деле *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No.3)* (hereinafter “Pinochet III”) (available at: <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino8.htm>).

³⁵ Предварительный доклад, пункт 102.

³⁶ Следуя в фарватере этой позиции, Меморандум Секретариата (пункт 88) говорит о необходимости, в частности, рассмотрения вопроса о том, признает ли международное право какие-либо исключения из или ограничения иммунитета. Характерно и то, что и Европейская конвенция об иммунитете государств 1972 года, и Конвенция о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности 2004 года отражают общий принцип иммунитета государства, а затем формулируют положения об исключениях из этого принципа. О точке зрения, согласно которой иммунитет не существует по общему правилу, см., напр., пункт 215 Меморандума Секретариата, сноска 608.

вание этой нормы и, следовательно, наличие иммунитета. Учитывая, что иммунитет опирается на общее международное право, о его отсутствии (когда, естественно, в конкретном случае нет отказа от иммунитета) могут свидетельствовать либо наличие специальной нормы, либо наличие практики и *opinio juris*, свидетельствующих о том, что из общей нормы появились или появляются исключения. Именно на этом, как представляется, строится логика решения Международного Суда в деле *Об ордере на арест*³⁷. Поэтому нельзя согласиться с критикой этого решения за то, что Суд вместо того, чтобы доказывать наличие иммунитета, стал изучать практику государств, судебные решения, международные договоры и т.д. на предмет наличия доказательств отсутствия иммунитета³⁸. Суд и не должен был искать доказательства иммунитета министра иностранных дел, поскольку это существующая, согласно господствующему мнению, норма. Он искал доказательства существования нормы об изъятиях из правила об иммунитете и не нашел их.

19. Еще одно предварительное соображение, вытекающее из вышеприведенных выводов, состоит в том, что иммунитет должностного лица, действующего или бывшего, принадлежит не ему, а государству. Например, вряд ли можно говорить о том, что у должностного лица переставшего существовать государства есть иммунитет³⁹.

20. И, наконец, последнее предварительное соображение состоит в следующем. Специальный докладчик не видит пока необходимости рассматривать отдельно иммунитет от досудебных обеспечительных мер и иммунитет от испол-

³⁷ *Arrest Warrant*, Judgment, para. 58.

³⁸ С такой критикой выступает в своем особом мнении не согласившаяся с большинством в деле *Arrest Warrant* судья Van den Wyngaert (*Arrest Warrant*, Judgment, Dissenting opinion of Judge Van den Wyngaert, para.11, at p.143). Соответствующий анализ приводит в своей статье М. Frulli. По ее мнению, наличие у министра иностранных дел абсолютного иммунитета от иностранной юрисдикции вопрос все еще спорный, в то время как Международный Суд “did not adequately build its conclusions on the existence of rules of customary law granting such absolute immunities to foreign ministers”, “... it did not substantiate its findings through State practice nor evidence of *opinio juris*, as it has accurately done in previous cases”. М. Frulli “The ICJ Judgment on the *Belgium v. Congo* Case (14 February 2002): a Cautious Stand on Immunity from Prosecution for International Crimes”, in *German Law Journal*, Vol.3, No.3 (2002) paras.3–4 (available at: <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=138>). D.S. Koller также ставит под сомнение существование оснований для признания за министром иностранных дел «абсолютного» иммунитета, отмечая, что Международный Суд не приводит доказательств существования соответствующей нормы в международном праве. (“The Court’s decision lacks any clarity as to why the functions of foreign ministers necessitate such absolute immunity, particularly with regard to private visits to foreign countries. Head of State immunity before foreign courts is derived from the dignity of the state, not the function of the position. The Court needs to determine a functional basis for the extension of such immunity to foreign ministers; it is unclear, however, that such a basis exists”. D.S. Koller ‘Immunities of Foreign Ministers: Paragraph 61 of the *Yerodia* Judgment as it Pertains to the Security Council and the International Criminal Court’, 20 *Am.U.Int’l L.Rev.* (2004) 7, at p.15).

³⁹ См., например, решения Федерального Конституционного Суда Германии по делу бывшего руководителя Германской Демократической Республики Хоннекера 1992 года и делу членов правительства бывшей Германской Демократической Республики, признанных виновными в убийствах, 1996 год, а также решение Федерального Верховного Суда Германии по делу О пограничниках 1992 года (*Memorandum by the Secretariat*, пункт 179, сноска 497).

нения от иммунитета от уголовной юрисдикции в целом⁴⁰. С самого начала под уголовной юрисдикцией в данном исследовании понимается вся совокупность уголовно-процессуальных действий властей, осуществляющих их в отношении иностранного должностного лица.

В. Иммунитет *ratione materiae*⁴¹

21. Вопрос об иммунитете *ratione materiae* должностных лиц государства, иных, нежели т.н. тройка, рассматривался Международным Судом в деле *О некоторых вопросах взаимной правовой помощи в уголовных делах* (Джибути против Франции)⁴². Речь шла об иммунитете прокурора Республики и главы службы национальной безопасности Джибути. Суд не причислил этих должностных лиц к высокопоставленным лицам, пользующимся иммунитетом *ratione personae*. Суд отметил, что “there are no grounds in international law upon which it could be said that the officials concerned were entitled to personal immunities, not being diplomats within the meaning of the Vienna Convention on Diplomatic Relations of 1961, and the Convention on Special Missions of 1969 not being applicable in this case”⁴³. Констатируя таким образом отсутствие у указанных лиц в данном случае персонального иммунитета как по общему, так и по специальному международному праву, Суд при этом прямо не указал на наличие у них функционального иммунитета. Вместе с тем из логики пунктов 195 и 196 решения Суда, как представляется, следует, что если бы Джибути своевременно уведомила Францию о том, что действия данных лиц, являвшиеся предметом рассмотрения французских властей, были действиями в официальном качестве, т.е. действиями самого государства Джибути, и, соответственно, эти лица пользовались иммунитетом от французской уголовной юрисдикции в отношении этих действий, то речь могла бы идти об обеспечении Францией соблюдения обязательств, вытекающих из иммунитета. Суд даже сформулировал общее положение на сей счет, отождествив должностных лиц государства с его органами⁴⁴. В Меморандуме Секретариата приводится ряд решений судов, признаю-

⁴⁰ В резолюции Института международного права «Иммунитеты от юрисдикции и исполнения глав государств и правительств в международном праве» 2001 года иммунитету от исполнения посвящено отдельное положение (пункт 1). “Immunities from Jurisdiction and execution of Heads of State and of Government in International Law”, Vancouver session, 2001 (available from [www. idi-iil.org](http://www.idi-iil.org)), называемая далее «резолюцией Института 2001 года». Однако предметом Резолюции является иммунитет не только от уголовной, но и от других видов юрисдикции. На то, что такое различие проводится тогда, когда речь идет о других видах юрисдикции, обращается внимание и в Меморандуме Секретариата (пункт 230), хотя там же высказывается мнение о том, что выделение иммунитета от исполнения из иммунитета от юрисдикции ставит некоторые особые вопросы (“specific issues”) и делает разделение иммунитета от исполнения на иммунитет от исполнения на стадии до принятия судом решения по существу и иммунитет от исполнения на стадии после принятия судом решения по существу заслуживающим изучения (пункт 234).

⁴¹ См. Memorandum by the Secretariat, paras. 154–212.

⁴² Case concerning certain questions of mutual assistance in criminal matters (*Djibouti v. France*), Judgment of 4 June 2008 (hereinafter “*Djibouti v. France*”) (available at: <http://www.icj-cij.org>).

⁴³ См. *Djibouti v. France*, Judgment, para. 194.

⁴⁴ “The State which seeks to claim immunity for one of its State organs is expected to notify the authorities of the other State concerned. This would allow the court of the forum State to ensure that it does not fail to respect any entitlement to immunity and might thereby engage the responsibility of that State.” *Ibid.*, para. 196.

щих иммунитет должностных лиц в отношении официальных действий⁴⁵. В доктрине, по всей видимости, также есть согласие в вопросе о круге лиц, пользующихся иммунитетом *ratione materiae*: имеются в виду все должностные лица государства, независимо от их положения в структуре органов государственной власти⁴⁶.

22. Если исходить из того, что должностные лица государства пользуются иммунитетом *ratione materiae* от иностранной уголовной юрисдикции, то следует ответить на ряд вопросов, касающихся объема этого иммунитета. Надо определиться, какие действия могут рассматриваться как действия, совершенные в официальном качестве, в отличие от действий личного характера, является ли этот иммунитет иммунитетом государства, и тождественен ли он по объему иммунитету государства (в частности, пользуются ли должностные лица иммунитетом в отношении официальных действий *jus gestionis*). Надо выяснить, могут ли рассматриваться как официальные и, следовательно, покрываемые иммунитетом *ratione materiae* действия *ultra vires* и противоправные действия. Надо ответить на вопрос, пользуются ли должностные лица иммунитетом *ratione materiae* в отношении действий, совершенных до занятия должности, и в отношении действий, совершенных во время пребывания в должности, после ее оставления. Надо понять, зависит ли иммунитет *ratione materiae* от характера пребывания за границей лица, которое им пользуется, в тот момент, когда принимается решение об осуществлении в отношении этого лица иностранной уголовной юрисдикции. Подчеркнем, что здесь речь идет о должностных лицах, не пользующихся иммунитетом *ratione personae*. То есть эти должностные лица не пользуются иммунитетом от иностранной юрисдикции в отношении действий, совершенных в личном качестве. В то же время ответы на эти вопросы касаются и тех высокопоставленных должностных лиц, которые пользуются иммунитетом *ratione personae*. Кроме того, здесь речь пойдет о положении дел по общему правилу. Вопрос о возможных исключениях будет рассмотрен далее.

23. При обсуждении вопроса об иммунитете должностных лиц стороны в деле *Джибути против Франции* были согласны в том, что в целом должностные лица государства пользуются иммунитетом *ratione materiae* от иностранной уголовной юрисдикции, т.е. иммунитетом в отношении действий, совершенных в официальном качестве, поскольку эти действия являются действиями самого государства, на службе которого они состоят⁴⁷. Этот иммунитет был, по сути, отождествлен сторонами с иммунитетом государства⁴⁸. Из этого же, как представляется, исходит в своем решении по этому делу и сам Суд, указавший, что “such a claim [Djibouti’s reformulated claim of functional immunity in respect of the procureur de la Republique and the Head of National Security] is, in essence, a claim of immunity for the Djiboutian State, from which the procureur de la Repub-

⁴⁵ См. Меморандум Секретариата, пункт 169.

⁴⁶ См. Меморандум Секретариата, пункт 166 (сноска 471).

⁴⁷ См. Предварительный доклад, пункт 89, сноска 173.

⁴⁸ “What Djibouti requests of the Court is to acknowledge that a State cannot regard a person enjoying the status of an organ of another State as individually criminally liable for acts carried out in that official capacity, that it is to say in the performance of his duties”, *Djibouti v. France*, Oral proceedings, Verbatim Records, CR 2008/3, para.24. Юридический советник Франции также говорил об этом (см. Предварительный доклад, пункт 89, сноска 173).

lique and the Head of National Security would be said to benefit”⁴⁹. На это обращает внимание в своем обстоятельном анализе данного решения Д.П. Буззини⁵⁰. О том же самом говорила Комиссия, комментируя почти 50 лет назад проект статьи об иммунитете консульских должностных лиц: “[T]he rule that, in respect of acts performed by them in the exercise of their functions (official acts) members of the consulate are not amenable to the jurisdiction of the ... receiving State, is part of customary international law. This exemption represents an immunity which the sending State is recognized as possessing in respect of which are those of a sovereign State. By their very nature such acts are outside the jurisdiction of the receiving State, whether civil, criminal or administrative. Since official acts are outside the jurisdiction of the receiving State, no criminal proceedings may be instituted in respect of them”⁵¹.

⁴⁹ *Djibouti v. France*, Judgment, para. 188.

⁵⁰ G. Buzzini, note 23 above, pp. 462–463.

⁵¹ Report of the Commission to the General Assembly, Yearbook of the International Law Commission, 1961, vol. II, p. 117, para. 2. Эта точка зрения распространена и в доктрине. Например, Э. Давид указывает, что “[L]’immunité des agents étatiques n’est qu’une application du principe de l’immunité des Etats...”. David E., *Éléments de Droit International Pénal et Européen*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 58. “Conduct that is directly attributable to state action is considered an act of state. As the person in question does not commit such acts for his own personal benefit, foreign domestic courts have to grant such acts immunity. Although the person in question commits the act, he is considered to be immune from prosecution for such conduct because it is his state that has acted. The act itself is non-justiciable in a foreign court for an indefinite period”, in Y. Simbeye, *Immunity and International Criminal Law*, Aldershot, England; Burlington, Vt.: Ashgate, 2004, p. 109. Р. ван Алебек отмечает что “[t]he functional immunity of (former) foreign state officials is often approached as a corollary of the rule of state immunity.” Она ссылается при этом на известное высказывание of United Kingdom Court of Appeal in *Propend Finance v. Sing*, “[t]he protection afforded by the [State Immunity Act] to States would be undermined if employees, officers or ... ‘functionaries’ could be sued as individuals for matters of State conduct in respect of which the State they were serving had immunity. [The relevant provisions of the SIA] must be read as affording individual employees or officials of a foreign State protection under the same cloak as protects the State itself” (*United Kingdom Court of Appeal, Propend Finance Ltd. v. Sing* (1997), 111 ILR 611, at p. 669.). R. van Alebeek, *The Immunity of States and their Officials in the light of International Criminal Law and International Human Rights Law*, 2006, p. 153. Однако этот автор считает, что “[t]he application of the rule of state immunity to foreign state officials can be explained in different terms. As a rule, foreign state officials do not incur personal responsibility for acts committed under the authority of their home state. ... The non-personal responsibility of state official for acts committed on behalf of the state may be seen to be an autonomous principle that precedes in its operation the application of the rule of state immunity to the facts of the case.” *Ibid.*, p. 156–157. Специальный докладчик не уверен в правильности такого противопоставления подходов, тем более, что они приводят к одинаковому результату (чуть далее в своей книге Р. ван Алебек пишет: “In sum, foreign state officials enjoy immunity in regard to official acts. Acts committed as a mere arm or mouthpiece of a foreign state are acts of that state rather than acts of the officials personally. Accordingly state officials cannot be called to account for them in their personal capacity”. *Ibid.*, 163.). Кроме того, о «неответственности иностранных должностных лиц» (тем более как о принципе) можно говорить лишь с долей условности. Юридически, как уже отмечалось в Предварительном докладе, иммунитет и ответственность — суть разные вещи. Официальное поведение должностного лица, конечно, присваивается государству, но это не означает невозможности его одновременного присвоения данному лицу. Стоит, например, государству, на службе которого оно состоит, отказаться от иммунитета, и иностранное государство получит возможность осуществлять уголовное преследование данного лица. (Однако см. Алебек, стр. 188. Нельзя де отозвать иммунитет в каких-то случаях.

24. Специальный докладчик считает правильным использовать критерий присвоения поведения должностного лица государству для определения наличия иммунитета *ratione materiae* у должностного лица и его объема⁵². При этом Специальный докладчик не видит объективных оснований для того, чтобы проводить различия между присвоением поведения для целей ответственности, с одной стороны, и для целей иммунитета — с другой. Вряд ли есть основания утверждать, что для целей ответственности государства один и тот же акт должностного лица присваивается государству и считается его актом, а для целей иммунитета от юрисдикции таковым не является и рассматривается только как акт должностного лица.

25. Вопрос об определении характера поведения должностного лица — официальное или личное — и, соответственно, о присвоении или неприсвоении этого поведения государству, логически должен рассматриваться до того, как рассматривается вопрос об иммунитете должностного лица в связи с данным поведением. Комментируя регулирование вопроса о функциональном иммунитете в пункте 2 статьи 39 Венской конвенции о дипломатических сношениях 1961 года, Е. Денза отмечает, что “the correct test to be applied ... is one of imputability. If the conduct in question is imputable or attributable to the sending State — even if it did not expressly order or sanction it — then continuing immunity *ratione materiae* should apply”⁵³.

26. То, что акт должностного лица, действующего в этом качестве, присваивается государству, общепризнанно⁵⁴. Как отмечает Международный Суд в деле *Difference Related to the Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, “[a]ccording to a well-established rule of international law, the conduct of any organ of a State must be regarded as an act of that State. This rule ... is of a customary character ...”⁵⁵. Вопрос, следовательно, в том, какое поведение должностного лица может (должно) считаться осуществляемым в официальном качестве и соответственно присваиваемым государству, т.е. считающимся поведением государства, а какое — не может считаться таковым и может (должно) рассматриваться как поведение, осуществляемое в личном качестве. Речь идет, таким образом, о критерии, на основании которого можно утверждать, что должностное лицо государства действует в качестве такового, а не в личном качестве.

Во-первых, можно об иммунитете не заявлять. Во-вторых, как быть с осуществлением ответственности на основе международного права международной уголовной юрисдикцией за то же деяние. Разве от этого меняется присвоение или характеристика поведения как официального?)

⁵² См. пункт 89 предварительного доклада, а также вывод, содержащийся в пункте 102(h). В этом смысле Специальный докладчик разделяет подход Секретариата к значению присвоения, изложенный в пункте 156 меморандума Секретариата.

⁵³ E. Denza, *Diplomatic Law, A commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 2nd ed., 1998, p. 363. См. также E. Denza, *Ex parte Pinochet: Lacuna or Leap?*, 48 ICLQ (1999) 949, p. 951.

⁵⁴ См. комментарий Комиссии международного права к статье 4 проекта статей об ответственности государств за международно противоправные деяния. Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Part Two, pp. 40–42.

⁵⁵ *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1999, p.87, para. 62.

27. Этот вопрос также уже рассматривался Комиссией международного права⁵⁶. В комментарии к статье 4 проектов статей об ответственности государства за международно-противоправные деяния отмечается: “It is irrelevant for this purpose that the person concerned may have had ulterior or improper motives or may be abusing the public power. Where such a person acts in an apparently official capacity, or under colour of authority, the actions in question are attributable to the State”⁵⁷. Таким образом, по мнению Комиссии, для того, чтобы деяния должностного лица считались совершенными в этом качестве, т.е. официальными деяниями, они должны быть очевидно совершенными в таком качестве или “under the colour of authority”⁵⁸. Отсюда следует, что характеристика поведения должностного лица как официального поведения не зависит от мотивов лица или содержания поведения. Определяющим является то, что должностное лицо действует в качестве такового. Судить о том, какими являются действия долж-

⁵⁶ “A particular problem is to determine whether a person who is a State organ acts in that capacity.” Commentary to draft article 4 of the Draft articles on State responsibility, para. 13. Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, note 54 above, p. 41.

⁵⁷ Ibid. Там же см. примеры проведения различия между “unauthorized conduct of a State organ and purely private conduct” в международных арбитражных решениях. Несколько иной критерий применяли суды Японии при рассмотрении уголовных дел в отношении американских солдат, служащих на территории этой страны, для определения того, являлись рассматриваемые действия действиями в официальном или личном качестве. Они анализировали, совершались ли эти действия в интересах службы. Так, в деле *Japan v. William S. Girard* по обвинению американского военнослужащего в причинении вреда здоровью, повлекшего смерть, Суд указал, что “[a]lthough the Court is able to recognize that this case took place while the accused was on official duty and that it occurred at the place of duty, the case has no direct connection whatever with the execution of the duty of guarding a light machine gun, etc. as ordered by a senior officer. ... [T]he act was not committed in the process of carrying out one's official duty” и далее: “the act can only be regarded as excessive mischief, ... an action simply carried out for the sole purpose of satisfying the momentary caprice of the accused himself”. *Japan v. William S. Girard*, Maebashi District Court, 19 November 1957, reproduced in *The Japanese Annual of International Law*, No. 2 (1958) 128, pp. 132–133. При рассмотрении апелляции в отношении решения Osaka High Court по делу другого военнослужащего Соединенных Штатов (он обвинялся в причинении вреда здоровью при покушении на изнасилование) Верховный суд Японии подтвердил, что “the Court in the first instance is proper that the provision 'in the performance of official duty' in paragraph 3(a) (ii) of Article XVII of the Administrative Agreement (данная статья Соглашения между Японией и Соединенными Штатами устанавливает приоритет юрисдикции Соединенных Штатов в случае совершения американским военнослужащим преступления в результате действий, осуществляемых при исполнении своих должностных обязанностей — Р.К.) should be interpreted to mean 'in the course of the performance of official duty,' rather than 'during the hours of official duty'; and as applied to the instant case, the accused, even though performed during the hours of his official duty, was of a private nature independent of his official duty, and it therefore did not constitute an offense 'arising out of any act or omission done in the performance of official duty’”. *Japan v. Dennis Cheney*, Supreme Court of Japan, 3 March 1955, *ibid.*, p. 137.

Данный критерий находит своих последователей в доктрине. Y. Simbeye, например, отмечает, что “[i]n order to act as state organs in their official function, heads of state and government must act in line with their state's position in a given subject matter, or act within that state's given boundaries for action. Then and only then can their acts be deemed official”. Simbeye, note 51 above, p. 128.

⁵⁸ См. предыдущую сноску. Как отмечает Р. ван Алебеек, “In general it can be said that ostensible authority is accepted as actual authority.” Note 51 above, p. 164. См. также A. Watts, *The legal position in international law of Heads of State, Heads of government and Foreign Ministers*, 247, RdC, 1994-III, 13, pp. 56–57.

ностного лица — официальными или личными, — необходимо в зависимости от обстоятельств каждой конкретной ситуации⁵⁹.

28. Один из вопросов, который возникает в данной связи, — применимо ли различие между актами *jure imperii* и актами *jure gestionis*, важное в контексте иммунитета государства, к ситуации с иммунитетом должностных лиц государства. Отмечая, что в доктрине по этому вопросу существуют различные точки зрения, Секретариат в своем Меморандуме делает вывод о том, что “there would seem to be reasonable grounds for considering that a State organ performing an act *jure gestionis* which is attributable to the State is indeed acting in his or her official capacity and would therefore enjoy immunity *ratione materiae* in respect of that act”⁶⁰. С этим, как представляется, следует согласиться. Как уже отмечала Комиссия, для целей присвоения поведения государству “[i]t is irrelevant ... that the conduct of a State organ may be classified as ‘commercial’ or as *acta jure gestionis*”⁶¹. В таком случае объем иммунитета государства и объем иммунитета его должностного лица не одинаковы, несмотря на то, что по сути⁶² это один и тот же иммунитет. Должностное лицо, совершающее акт коммерческого характера, если этот акт присваивается государству, пользуется иммунитетом от иностранной юрисдикции, а само государство в отношении такого акта — нет (если применительно к должностному лицу речь идет о гражданской и уголовной юрисдикции, то применительно к государству — только о гражданской)⁶³.

29. Другой вопрос состоит в том, может ли присваиваться государству и, соответственно, покрываться иммунитетом поведение *ultra vires* и противоправное поведение. Понятие «действия должностного лица как такового», т.е. «официальный акт», надо отличать от понятия «акт, входящий в официальные функции». Первое включает в себя второе, но шире. Еще в 1961 году, комментируя проект статьи, касающейся иммунитета консульских должностных лиц, согласно которой “[m]embers of the consulate shall not be amenable to the jurisdiction of the ... receiving State in respect of acts performed in the exercise of consular functions”⁶⁴, Комиссия отмечала: “In the opinion of some members of the Commission, the article should have provided that only official acts within the lim-

⁵⁹ “In applying this test, of course, each case will have to be dealt with on the basis of its own facts and circumstances”. Commentary to draft Article 4. Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, note 54 above, p. 42, para.13. Нельзя в то же время не учитывать, что в доктрине единогласия на сей счет по-прежнему нет. Довольно распространена точка зрения, что, по крайней мере, содержание поведения должно учитываться для определения официального характера такого поведения и для решения вопроса о его присвоении государству. В этой связи см. дискуссию о действиях, являющихся преступлениями по международному праву, как обстоятельствах, исключающих иммунитет должностных лиц. См. пункт 57 настоящего доклада и далее.

⁶⁰ Memorandum by the Secretariat, para. 161.

⁶¹ Пункт 6 комментария к статье 4 проекта статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, note 54 above, p. 40.

⁶² Характерно, что Международный Суд в приведенном в параграфе 25 настоящего доклада пассаже решения по делу *Джибути против Франции* использует квалификацию “in essence”. См. также сноску 51 выше.

⁶³ Стоит напомнить при этом, что, как отмечалось в первой части Предварительного доклада (пункт 89), это не означает, что данный акт не может присваиваться одновременно должностному лицу.

⁶⁴ Report of the Commission to the General Assembly, *Yearbook of the International Law Commission 1961*, vol. II, p. 117.

its of the consular functions enjoy immunity of jurisdiction. The Commission was unable to accept this view”⁶⁵. Действия за пределами функций должностного лица, но совершенные им в этом качестве, не становятся личными. Они не являются действиями в пределах функций, приобретают, например, характер *ultra vires*, но, тем не менее, остаются официальными действиями и, соответственно, присваиваются государству. Этому посвящена статья 7 проекта статей об ответственности государств⁶⁶. Как отмечает Комиссия в комментарии к статье 5 проекта этих статей, “[t]he case of purely private conduct should not be confused with that of an organ functioning as such but acting *ultra vires* or in breach of the rules governing the operation. In the latter case, the organ is nevertheless acting in the name of the State”⁶⁷. Следовательно, на такие действия распространяется иммунитет *ratione materiae* совершивших их должностных лиц от иностранной уголовной юрисдикции. Как отмечает Д.П. Буззини, “excluding in general terms *ultra vires* acts from the scope of immunity *ratione materiae* from foreign criminal jurisdiction would be problematic, since this might lead to defeating the whole purpose of such immunity; in most cases, official conduct giving rise to a criminal offense should probably also be regarded as *ultra vires*”⁶⁸.

⁶⁵ Ibid. Далее здесь же Комиссия указала, что “It is in fact often very difficult to draw an exact line between what is still the consular official’s act performed within the scope of the consular functions and what amounts to a private act or communication exceeding those functions”. Последнее лишь подтверждает необходимость оценки обстоятельств каждой конкретной ситуации.

⁶⁶ “Article 7. Excess of authority or contravention of instructions

The conduct of an organ of a State or of a person or entity empowered to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law if the organ, person or entity acts in that capacity, even if it exceeds its authority or contravenes instructions.”

Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, note 54 above, p. 45.

⁶⁷ Ibid., p. 41, para. 13. См. также комментарий к статье 7. Ibid., p. 46, paras. 7 and 8.

⁶⁸ G. Buzzini, note 23 above, p. 466. В то же время следует учитывать существование национальной судебной практики, базирующейся на противоположном подходе к актам *ultra vires*. Примером является решение Верховного суда Филиппин по делу *United States of America, et al. v. Luis R. Reyes, et al.* (G.R. No. 79253, 1 March 1993). В данном деле перед судом был оспорен отказ в удовлетворении ходатайства Соединенных Штатов об отклонении гражданского иска против ответчика (гражданки Соединенных Штатов, находящейся на службе в подразделении Объединенной группы военного содействия Соединенных Штатов (Joint United States Military Assistance Group, JUSMAG)). Ходатайство было мотивировано наличием у Соединенных Штатов юрисдикционного иммунитета в отношении данного иска, а также наличием у ответчика иммунитета от иска в связи с действиями, совершенными ею при выполнении официальных функций. В то же время истец настаивал на том, что действия, совершенные ответчиком (личный досмотр и досмотр автомобиля в присутствии посторонних свидетелей и на дискриминационной основе), выходят за рамки ее официальных функций, являются действиями *ultra vires* и должны рассматриваться как действия в личном качестве. Соединенные Штаты выдвигали в качестве аргумента то, что “... even if the latter’s [respondent — R.K.] act were *ultra vires* she would still be immune from suit for the rule that public officers or employees may be sued in their personal capacity for *ultra vires* and tortious acts is “domestic law” and not applicable in International law. It is claimed that the application of the immunity doctrine does not turn upon the lawlessness of the act or omission attributable to the foreign national for if this were the case, the concept of immunity would be meaningless as inquiry into the lawlessness or illegality of the act or omission would first have to be made before considering the question of immunity; in other words, immunity will lie only if such act or omission is found to be lawful.” Суд,

30. Вряд ли можно согласиться и с точкой зрения, согласно которой поведение должностного лица за пределами того, что входит в функции государства, может рассматриваться как поведение государства, но, поскольку оно выходит за пределы функций государства, то на него не распространяется иммунитет⁶⁹. Эта точка зрения оправдывается тем, что иммунитет государства и его должностных лиц имеет своей целью защиту суверенных функций государства, и то, что не входит в функции государства, не может покрываться иммунитетом⁷⁰. Однако иммунитет защищает не суверенную функцию как таковую, — это было бы уже просто абстракцией, не имеющей отношения к реальности, — а, как отмечалось выше, собственно суверенитет и его носителя — государство — от иностранного вмешательства⁷¹.

31. Распространяется иммунитет *ratione materiae* и на действия должностного лица, совершенные им в этом качестве, которые являются противоправными. Логика здесь, как представляется, та же, что и применительно к действиям должностных лиц *ultra vires*. Противоправные действия должностного лица, совершенные им в этом качестве, являются официальными действиями, т.е. действиями государства. Как отметил Апелляционный суд провинции Онтарио в решении по делу *Jaffe v. Miller and Others*, в котором речь шла о действиях должностных лиц США, “[t]he illegal and malicious nature of the acts alleged do not themselves move the actions outside the scope of the official duties of the responding defendants”⁷². Как писал применительно к вопросу об иммунитете бывших глав государств А. Уаттс, “[a] Head of State clearly can commit a crime in his personal capacity; but it seems equally clear that he can, in the course of his public functions as Head of State, engage in conduct which may be tainted by criminality or other forms of wrongdoing. The critical test would seem to be whether the conduct was engaged in under the colour of or in ostensible exercise of

однако, не признал убедительными доводы Соединенных Штатов и отказал в удовлетворении жалобы, указав, что “[t]he cloak of protection afforded the officers and agents of the government is removed the moment they are sued in their individual capacity. This situation usually arises where the public official acts without authority or in excess of the powers vested in him. It is a well-settled principle of law that a public official may be liable in his personal private capacity for whatever damage he may have caused by his act done with malice and in bad faith, or beyond the scope of his authority or jurisdiction.” (available at http://www.lawphil.net/judjuris/juri1993/mar1993/gr_79253_1993.htm).

⁶⁹ См. меморандум Секретариата, сноска 456.

⁷⁰ Б. Стерн, например, пишет: “[L]es immunités ou autres doctrines de protection de l’Etat et de ses représentants ont été développées pour protéger la fonction souveraine, et rien d’autre: doit donc être exclu de leur bénéfice tout ce qui ne relève pas de cette fonction souveraine.” В. Stern, *Vers une limitation de L’ “irresponsabilité souveraine”*, in: Marcelo G. Cohen (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law/ La promotion de la justice, des droits de l’homme et du règlement des conflits par le droit international*, Liber Amicorum Lucius Caflish, 2007, Koninklijke Brill NV, Leiden, p. 516.

⁷¹ Важное значение имеет вопрос о том, кто играет решающую роль в определении того, совершены ли действия в официальном или личном качестве. Достаточно ли, чтобы государство, на службе которого находится должностное лицо, уведомило государство, осуществляющее юрисдикцию, о том, что действия совершены в официальном качестве? Нужно ли доказывать это в суде и, соответственно, в этом случае решающая роль принадлежит суду? Есть ли общий для всех случаев ответ на эти вопросы, или ответ зависит от конкретных обстоятельств каждого дела? Эти вопросы будут подробнее рассмотрены в части Предварительного доклада, касающейся процессуальных вопросов иммунитета.

⁷² Canada, Ontario Court of Appeal, *Jaffe v. Miller and Others* (1993), 95 ILR 446, at p. 460.

the Head of State's public authority. If it was, it must be treated as official conduct, and so not a matter subject to the jurisdiction of other States *whether or not* it was wrongful or illegal under the law of his own State"⁷³. Утверждение о том, что на такие действия не распространяется иммунитет, делает саму идею иммунитета бессмысленной. Вопрос об осуществлении уголовной юрисдикции в отношении любого лица, в том числе иностранного должностного, возникает только тогда, когда имеются подозрения относительно того, что его поведение является противоправным и, более того, уголовно наказуемым. Соответственно, и иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции нужен именно в этом случае. Как отмечается в Меморандуме Секретариата, "[i]f unlawful or criminal acts were considered, as a matter of principle, to be "non-official" for the purposes of immunity *ratione materiae*, the very notion of "immunity" would be deprived of much of its content"⁷⁴.

⁷³ A. Watts, note 58 above, p. 56–57 (footnotes omitted). Приведенные соображения А. Уаттса в полной мере относятся и к другим должностным лицам государства.

⁷⁴ Меморандум Секретариата, пункт 160 (сноска 457). См. также позицию Соединенных Штатов в деле *United States of America, et al. v. Luis R. Reyes, et al.* (см. сноску 68 выше). Следует, впрочем, отметить, что исследователи, отстаивающие отсутствие иммунитета у должностных лиц в связи с совершением противоправных действий, в большинстве ограничивают круг таких действий преступлениями по международному праву, т.е. наиболее тяжкими формами противоправных действий. См., например, Y. Simbeye, note 51 above: "State officials, including heads of state or government, can commit crimes whilst in office. However, it is arguable that the commission of certain acts should exclude an individual from being classified as a state organ for international law purposes. If an individual commits an international crime he cannot be seen to be acting as a state organ under either domestic or international law" (p. 127) (emphasis added). Simbeye продолжает: "When dealing with international criminal law, states as abstract entities cannot order or sanction conduct punishable under criminal jurisdiction, nor indeed can a state carry out such acts itself. ... [I]n a situation where customary norms prohibit certain acts or there exists a treaty that the state in question has ratified, imputability is impossible". Ibid. p. 129. Б. Стерн также считает, что "immunities should not be permitted to protect a state or its representatives either in criminal cases or in civil cases when an international crime is committed, since such an act should be considered as dramatically outside the functions of a state", Can a State or a Head of State Claim the Benefit of Immunities in Case an International Crime Has Been Committed?, in *ILSA Journ. of Int'l & Comp. Law*, 14 (2008), pp. 448–449. Она, однако, поясняет, что "[i]f one considers the official acts that enjoy immunity, it must be conceded that it is not because an act is illegal that it is ipso facto disqualified from being an official act: if this were true, the institution of immunity would make no sense, as it is precisely to protect the head of state from prosecution that it was instituted", Immunities for Heads of State: Where Do We Stand? in *Justice for Crimes Against Humanity*, ed. by M. Lattimer and Ph. Sands QC, Hart Publ., Portland, Oregon, 2006, p. 99.

Тем не менее представляется, что даже и в упомянутых случаях соответствующие действия, будучи совершены лицом в официальном качестве, будут присваиваться государству со всеми вытекающими последствиями. См. в этой связи Ch. Dominice: "Certains juges ont déclaré (dans l'Affaire Pinochet — R.K.) que ce n'est pas la fonction d'un chef d'Etat d'ordonner des actes de torture, manifestement contraires au droit international. [...] Cela voudrait dire que le droit international apporte un correctif aux attributions constitutionnelles d'un Chef d'Etat. Et selon quel critère? Selon que l'acte est, ou non, contraire au droit international? Cette construction n'est pas satisfaisante. Un acte de fonction reste un acte de fonction, même s'il est contraire au droit international. Dans cette hypothèse, il entraîne la responsabilité internationale de l'Etat, sans préjudice de celle de l'individu-organe", Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef d'Etat, *RGDIP* No. 2, 1999, pp. 304–305.

32. Поскольку иммунитет *ratione materiae* защищает должностное лицо только в отношении действий, совершенных в этом качестве, на действия, которые были совершены данным лицом до занятия им должности, в личном качестве, этот иммунитет не распространяется. Эти действия не были действиями государства и не приобрели характер таковых с приходом данного лица на государственную службу.

33. И наоборот, бывшее должностное лицо защищено иммунитетом *ratione materiae* в отношении действий, совершенных им в бытность должностным лицом в этом качестве. Эти действия не перестают быть действиями государства из-за того, что должностное лицо перестало быть таковым, и, соответственно, они по-прежнему покрываются иммунитетом, являющимся, по сути, иммунитетом государства⁷⁵.

34. Из этой логики следует также, что на иммунитет *ratione materiae* вряд ли влияет характер пребывания должностного или бывшего должностного лица за границей, в том числе на территории государства, осуществляющего юрисдикцию. По-видимому, независимо от того, находится ли данное лицо за границей с официальным визитом или пребывает там в личном качестве, оно пользуется иммунитетом от иностранной уголовной юрисдикции в отношении действий, совершенных в качестве должностного лица⁷⁶.

C. Иммунитет *ratione personae*⁷⁷

35. В этой части доклада речь идет только об объеме этого иммунитета и не рассматривается вопрос о круге лиц, обладающих иммунитетом *ratione personae*. Специальный докладчик исходит из того, что им обладает т.н. тройка (глава государства, глава правительства и министр иностранных дел), а также некоторые другие высокопоставленные должностные лица государства.

36. Как отмечалось в Предварительном докладе, “[i]mmunity *ratione personae* extends to acts performed by a State official in both an official and a private capac-

⁷⁵ См. Cassese A.: “[immunity] does not cease at the end of the discharge of official functions by the State agent (the reason being that the act is legally attributed to the State, hence any legal liability for it may only be incurred by the State)”, When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case, EJIL (2002), vol. 13 No. 4, p. 863. O’Donnell K.: “Once the [diplomatic] agent leaves office, the immunity ceases with respect to private acts under immunity *ratione personae*, or personal immunity, but continues for official acts. The limited shield of immunity *ratione materiae*, or functional immunity, afforded to official acts derives from the belief that the ‘ambassador’s actions are attributed to his government, rather than to personal choice’”, Certain Criminal Proceedings in France (Republic of Congo v. France) and Head of State Immunity: How Impenetrable Should the Immunity Veil Remain?, 26 Boston Univ. Int’l Law Journ. (2008), pp. 384-385 (citing Michael A. Tunks, Diplomats or Defendants? Defining the Future of Head-of-State Immunity, 52 Duke L.J.(2002), p. 293).

⁷⁶ Наряду с иммунитетом *ratione materiae*, находясь за границей с официальными визитами, должностные лица могут, естественно, пользоваться иммунитетом, основывающимся на других нормах международного права, например регулирующих статус членов специальных миссий или делегаций в органах международных организаций. Разумеется, в отношении бывшего должностного лица вопрос о характере его визита в иностранное государство уже не возникает, такой визит не может быть официальным. Это, в свою очередь, не сказывается на иммунитете *ratione materiae*.

⁷⁷ См. memorandum by the Secretariat, paras. 94–153.

ity, both before and while occupying his post”⁷⁸. Наличие этого иммунитета объясняется важностью для государства, реализации его суверенитета, его представительства в международных отношениях соответствующей должности⁷⁹. В современном мире значение должности главы правительства, министра иностранных дел, возможно, некоторых других должностных лиц с этой точки зрения вполне сопоставимо со значением главы государства. Поэтому, как представляется, по крайней мере на нынешнем этапе работы над данной темой, нет смысла отдельно рассматривать объем иммунитета *ratione personae* главы государства, главы правительства, министра иностранных дел и иных возможных носителей этого иммунитета⁸⁰.

37. Как отмечается в Меморандуме Секретариата, “the material scope of this immunity is well-settled both in judicial decisions and the legal literature, which often express this idea by qualifying immunity *ratione personae* as “complete”, “full”, “integral” or “absolute”⁸¹. По объему это такой же иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции, как иммунитет от уголовной юрисдикции государства пребывания глав дипломатических миссий или других дипломатических агентов по Конвенции о дипломатических сношениях 1961 года⁸². и обычному международному праву, или представителей направляющего государства и членов дипломатического персонала специальных миссий по Конвенции о специальных миссиях 1969 года. Он может рассматриваться как дополняющий иммунитет *ratione materiae* или как включающий в себя иммунитет *ratione materiae*, поскольку он покрывает, пока лицо занимает высокую должность, в дополнение к действиям, совершенным в официальном качестве, действия, совершенные им в личном качестве как в период занятия должности, так и до нее. Будучи связанным с определенной, высокой должностью, персональный иммунитет носит временный характер и прекращается с оставлением должности⁸³. Соответственно, как представляется, на иммунитет *ratione personae* не влияет ни то, что действия, в связи с которыми осуществляется юрисдикция, совершены за рамками функций должностного лица, ни характер его пребывания за границей, в том числе на территории государства, осуществляющего юрисдикцию⁸⁴.

⁷⁸ Preliminary report, para. 79. Memorandum by the Secretariat, para. 137.

⁷⁹ Preliminary report, para. 93.

⁸⁰ Ссылаясь на то, как объясняет объем иммунитета *ratione personae* применительно к министру иностранных дел Международный Суд в деле *Об ордере на арест*, Секретариат в своем меморандуме (пункт 138) отмечает, что это объяснение “could be used *mutatis mutandis* to describe and explain the position of the head of State, head of government or any other official enjoying the same immunity.”

⁸¹ *Ibid.*, para. 137.

⁸² *Ibid.*, para. 139. В деле *О некоторых вопросах взаимной правовой помощи в уголовных делах* Международный Суд recalled that “the rule of customary international law reflected in Article 29 of the Vienna Convention on Diplomatic Relations, while addressed to diplomatic agents, is necessarily applicable to Heads of State”. *Djibouti v. France*, Judgment, para. 174.

⁸³ See Preliminary report, paras. 79–83.

⁸⁴ Высказываются и иные суждения на сей счет. Так, в Совместном особом мнении трех судей в деле *Об ордере на арест* говорится: “Whether he [Minister of Foreign Affairs] is also entitled to immunities during private travels and what is the scope of any such immunities, is far less clear.” Впрочем, авторы тут же оговариваются: “Certainly, he or she may not be subjected to measures which would prevent effective performance of the functions of a Foreign Minister”. *Arrest Warrant* (Joint Separate Opinion), para. 84. А. Watts проводит различия между официальными и частными визитами глав государств в иностранное государство с точки зрения объема иммунитета. Он среди прочего высказывает сомнения в том, что глава

D. Действия государства, осуществляющего юрисдикцию, которым препятствует иммунитет должностного лица

38. В рамках данной темы под уголовной юрисдикцией понимается не только судебная стадия уголовного процесса, но вся совокупность уголовно-процессуальных мер, принимаемых государством против иностранного должностного лица. Как отмечалось в Предварительном докладе, “Immunity from foreign criminal jurisdiction protects [an] individual ... from criminal process and criminal procedure actions by judicial and law enforcement agencies of the foreign State possessing jurisdiction. (*It might be more accurate to speak not of immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction or criminal process but of immunity from certain measures of criminal procedure and from criminal proceedings by the foreign State.* However, this question cannot be answered until the question of the extent of immunity has been considered)”⁸⁵. Это существенно отличает данную тему от сюжета об иммунитете от гражданской юрисдикции.

39. К вопросу о том, защищает ли иммунитет должностное лицо от всех мер, которые могут быть приняты при осуществлении иностранной уголовной юрисдикции, или только от некоторых из этих мер, следует также добавить вопрос о том, какие меры могут приниматься в отношении должностного лица, не являющегося подозреваемым, но фигурирующего в уголовном деле в ином качестве, в частности в качестве свидетеля.

40. В решении по делу *Об ордере на арест* Международный Суд, заключив, что “the functions of a Minister for Foreign Affairs are such that, throughout the duration of his or her office, he or she when abroad enjoys full immunity from criminal jurisdiction and inviolability”, указал: “That immunity and that inviolability protect the individual concerned against any act of authority of another state which would hinder him or her in the performance of his or her duties”⁸⁶. И далее: “Thus, if a Minister for Foreign Affairs is arrested in another State on a criminal charge, he or she is clearly thereby prevented from exercising the functions of his or her office. ... Furthermore, even the mere risk that, by traveling to or transiting another State a Minister for Foreign Affairs might be exposing himself or herself to legal proceedings could deter the Minister from traveling internationally when required to do so for the purposes of the performance of his or her functions”⁸⁷. Так, Международ-

государства во время частного визита пользуется иммунитетом в трех случаях, которые являются исключениями из иммунитета дипломатического агента согласно статье 31(1) Венской конвенции о дипломатических сношениях (иски в связи с частным недвижимым имуществом, по вопросам наследования, а также в связи с деятельностью, осуществляемой за пределами официальных функций). Он также отмечает, что, хотя “[h]e (Head of State — R.K.) cannot be sued in respect of ... official acts while in office, or even after he has left office, and must also be granted immunity in respect of them when he is travelling privately”, “... to the extent that immunity is refused in respect of a Head of State's private acts when he is in a foreign State on some official basis or when he is sued there although not present there, it is likely that it will also be refused when he is on a private visit”. A. Watts, note 58 above, p. 74.

⁸⁵ Предварительный доклад, пункт 66. Выделено мною — Р.К.

⁸⁶ *Arrest Warrant*, Judgment, para. 54.

⁸⁷ *Ibid.*, para. 55. Применяя этот критерий, Суд пришел к выводу о том, что ордер на арест нарушил иммунитет министра иностранных дел Демократической Республики Конго. Выводы Суда в этом отношении во многом следуют аргументации, с которой выступала в деле сторона Демократической Республики Конго, хотя Суд, как представляется, все же

ный Суд в обстоятельствах данного дела (речь, напомним, шла о правомерности ордера на арест министра иностранных дел другого государства) сформулировал критерий для решения вопроса о том, можно ли осуществлять ту или иную меру уголовного процесса против иностранного должностного лица: государство, осуществляющее или намеревающееся осуществить уголовную юрисдикцию в отношении иностранного должностного лица, не может совершать такие уголовно-процессуальные действия, которые мешают, препятствуют этому лицу в осуществлении его или ее функций. (Следует отметить, что этот критерий определен Судом применительно к фигурирующему в данном деле министру иностранных дел.)

41. Этот критерий получил определенное развитие в решении Международного Суда по делу *О некоторых вопросах взаимной правовой помощи по уголовным делам*. В нем, рассматривая вопрос о том, является ли нарушением нормы об иммунитете главы государства его приглашение или вызов повесткой в качестве свидетеля по уголовному делу, Суд, ссылаясь на приведенное выше положение из решения по делу *Об ордере на арест*, указал: “[T]he determining factor in assessing whether or not there has been an attack on the immunity of the Head of State lies in the subjection of the latter to a constraining act of authority”⁸⁸. Применив этот критерий, Суд пришел к выводу о том, что “the summons addressed to the President of the Republic of Djibouti by the French investigating judge ... was not associated with the measures of constraint ...; it was in fact merely an invitation to testify which the Head of State could freely accept or decline. Consequently, there was no attack by France on the immunities from criminal jurisdiction enjoyed by the Head of State, since no obligation was placed upon him in connection with the investigation of the *Borrel case*”⁸⁹. Таким образом, Суд уточнил,

сужает круг мер, осуществлению которых препятствует иммунитет, путем введения указанного критерия. Демократическая Республика Конго, в своем меморандуме, помимо прочего, указывает: “L’inviolabilité et l’immunité sont en effet fonctionnelles, en ce sens qu’elles sont accordées automatiquement par le droit international général a la personne qui en bénéficie en conséquence des fonctions officielles que celle-ci exerce et afin de permettre leur bon accomplissement par leur protection contre toute ingérence étrangère non autorisée par l’Etat que cette personne représente” (para. 47). Что касается непосредственно ордера на арест, то: “La simple crainte de l’exécution du mandat d’arrêt est en effet de nature a limiter les déplacements a l’étranger du ministre mis en cause, portant ainsi préjudice a la bonne conduite des relations internationales de son Etat que les principes d’inviolabilité et d’immunité ont pour finalité de sauvegarder” (para. 52). *Arrest Warrant*, Mémoire de la République démocratique du Congo, 15 mai 2001.

⁸⁸ *Djibouti v. France*, Judgment, para. 170.

⁸⁹ *Ibid.*, para. 171. Выделено автором настоящего доклада. Примерно такую позицию и занимала Франция, указывая, что “seule la limitation de la liberté d’action nécessaire a un chef d’Etat étranger pour s’acquitter de sa fonction est de nature a méconnaître l’immunité de juridiction pénale et l’inviolabilité dont il jouit”. (*Djibouti v. France*, Arrêt, para. 167.) В своем контрмеморандуме французская сторона отмечает, что: “d’une façon générale, une demande de témoignage adressée au représentant d’une puissance étrangère n’a ... aucun caractère obligatoire et s’analyse en une simple invitation, qui ne saurait des lors porter atteinte a l’immunité de juridiction pénale et a l’inviolabilité d’ont bénéficient les chef d’Etat étrangers — ce d’ont la France convient sans réserve” — *Djibouti v. France*, Contre-memoire de la République Française, 13 Juillet 2007, para. 4.41. Джибути, в свою очередь, признавая, что приглашение для дачи показаний имеет иной характер, нежели ордер на арест (со ссылкой на *Arrest Warrant*), отмечала, что сам по себе вызов в суд уже является посягательством на иммунитет (“Or certes, une convocation a témoigner n’est pas en soi un acte de contrainte comparable a un mandat d’arrêt, mais elle a tout de même indiscutablement une composante

что уголовно-процессуальная мера против иностранного должностного лица нарушает его иммунитет, если она мешает, препятствует осуществлению функций этого лица, накладывая на него обязательство⁹⁰.

42. Применяв такой критерий, Международный Суд сузил сферу действия или объем иммунитета по сравнению, например, с решением суда ФРГ по делу *Хонеккера* 1984 года, согласно которому “[a]ny inquiry or investigation by the police or the public prosecutor is ... inadmissible”⁹¹. Очевидно, что при использовании критерия, сформулированного Международным Судом, иммунитет препятствует далеко не всем уголовно-процессуальным шагам в отношении иностранного должностного лица, а только тем, которые накладывают на лицо правовое обязательство, т.е. могут сопровождаться санкциями за их невыполнение, мерами принуждения, носят принудительный характер. Например, само по себе начало предварительного расследования или возбуждение уголовного дела не только по предполагаемому факту преступления, но и собственно против данного лица, если оно не накладывает на него в соответствии с применимым национальным правом какое-либо обязательство, не может рассматриваться как нарушение иммунитета⁹².

contraignante, du fait même de l'intimation a comparaître qui est adressée a la personne convoquée : une telle intimation contredit alors elle aussi l'immunité de juridiction. Les deux convocations a témoin précitées a l'encontre du Président de la République de Djibouti, qui visaient a lui imposer de témoigner dans l'affaire “Borrel”, portent donc atteinte a son immunité bien qu'il ne s'agisse pas d'actes de contrainte de même nature qu'un mandat d'arrêt”). *Djibouti v. France*, Memoire de la Republique de Djibouti, 15 mars 2007, para. 135.

⁹⁰ О том, что иммунитет препятствует принятию в отношении главы государства именно принудительных, предписывающих мер, говорилось сторонами и в деле в Международном Суде *О некоторых уголовных процедурах во Франции (Республика Конго против Франции)*. См., например, *Certain Criminal Proceedings in France (Republic of Congo v. France)*, Application of Congo, 11 April 2003, p. 15; выступление представителя Франции Р. Абраама: “[E]n tout état de cause, les immunités dont bénéficient les chefs d'Etats étrangers s'opposeraient a ce que des mesures de contrainte soient prises a leur encontre”. 28 avril 2003, CR 2003/21, p. 15.

⁹¹ *Re Honecker*, Federal Republic of Germany, Federal Supreme Court (Second Criminal Chamber), Judgment of 14 December 1984, 80 I.L.R. 365, at p. 366.

⁹² Как отмечает Э. Давид, “[c]omme le simple fait d'ouvrir une instruction n'entrave nullement l'exercice des fonctions, cette instruction reste compatible avec l'immunité de juridiction”. *op.cit.*, p. 123. Как отмечается в Joint Separate Opinion in the *Arrest Warrant* case, “commencing an investigation on the basis of which an *Arrest Warrant* may later be issued does not of itself violate those principles [принципы неприкосновенности или иммунитета соответствующих лиц — Р.К.]. The function served by the international law of immunities does not require that States fail to keep themselves informed.” *Arrest Warrant* (Joint separate opinion), para. 59, at p. 80. Здесь возникает вопрос о том, препятствует ли иммунитет действиям, не обязывающим непосредственно пользующегося им лица, но ограничивающие его тем или иным образом. Например, правомерен ли арест его личного имущества, в частности банковских счетов (например, использованных в противоправных операциях) или автомобиля (например, в случае если на этом автомобиле было совершено предполагаемое преступление)? Представляется, что такие действия правомерны.

О поддержке Судом этой линии можно говорить и в связи с делом *Congo v. France*, где Суд, рассмотрев вопрос о временных мерах, отклонил их, посчитав, что отсутствуют обстоятельства, требующие запрета Франции продолжать расследование в отношении должностных лиц Конго, включая Президента Конго. Данный вывод был сделан, в частности, с опорой на то, что Конго не представила доказательств нарушения иммунитета главы государства в результате проведения расследования (в обстоятельствах, когда никакие мер обязывающего характера или препятствующих исполнению Президентом его

43. При таком подходе к иммунитету, у государства, имеющего основания полагать, что иностранным должностным лицом совершено деяние, являющееся уголовно наказуемым по его законодательству, есть возможность провести хотя бы первоначальный сбор доказательств по данному делу (собрать свидетельские показания, документы, вещественные доказательства и т.п.), используя меры, которые не являются обязывающими, принуждающими по отношению к иностранному должностному лицу⁹³. После этого этапа можно, в частности, с большей или меньшей уверенностью судить о том, причастно ли (и если причастно, то в какой степени) данное лицо к совершению предполагаемого преступления, следует ли рассматривать действия лица как официальные и т.д. Если имеются достаточные основания предполагать причастность иностранного должностного лица к преступлению, то, в зависимости от обстоятельств, у государства, осуществляющего юрисдикцию, остается выбор дальнейших шагов, не нарушающих иммунитет данного лица. Можно, например, поставить в известность соответствующее иностранное государство об обстоятельствах дела, предложить ему отказаться от иммунитета должностного лица; можно направить запрос о правовой помощи по данному уголовному делу; можно передать собранные в рамках предварительного расследования или начатого уголовного дела материалы этому государству, предложив ему осуществить уголовное преследование данного лица. Если речь идет о предполагаемом преступлении, подпадающем под юрисдикцию международного уголовного трибунала или Международного уголовного суда, то такой подход позволяет передать собранные материалы соответствующей структуре, осуществляющей международную уголовную юрисдикцию. Наконец, собрав доказательства, можно воздерживаясь от дальнейших шагов, которым препятствует иммунитет, подождать, пока он не прекратит действовать, и затем начать уголовное преследование данного лица (когда речь идет о деяниях лиц, пользующихся персональным иммунитетом, совершенных ими до вступления в должность или во время пребывания в должности в личном качестве).

44. Как справедливо отмечает Д. Буззини, “the criterion identified by the Court seems to be convincing”⁹⁴. Также убедительным ему кажется мнение Суда о том, что “concept of ‘constraining act of authority’ covers not only those acts that are

обязанностей Франция не предпринимала). Несмотря на то, что данное решение не предопределяет решение Суда по существу дела, оно показательное хотя бы тем, что не отвергает возможность продолжения процедуры расследования. См. *Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo v. France)*, Request for the Indication of a Provisional Measure, Order of 17 June 2003.

См., однако, позицию А. Уоттса: “A head of government or a foreign minister who, while on an official visit to another State was subject to legal proceedings in that State would be likely to find his ability to carry out his functions seriously impaired. Even the risk that by visiting another State he might be opening the way for the institution of legal proceedings against him could deter him from making the visit at all, to the prejudice of his conduct of the international affairs of his State”. A. Watts, note 58 above, pp. 106–108.

⁹³ К. О’Доннелл так комментирует решение Международного Суда по вопросу о временных мерах в деле *Congo v. France*: “While carefully recognizing a head of state as inviolate from prosecution while in office, the ICJ is increasing opportunities for human rights victims to successfully build a case against an official when evidence is still fresh and witnesses are still alive or locatable. Thus, once the official leaves office and is no longer cloaked in impenetrable immunity, he may be subject to prosecution, depending on the claims and evidence at issue”, *op. cit.*, p. 396.

⁹⁴ G. Buzzini, note 23 above, p. 476.

addressed to state officials who are themselves accused of criminal conduct, but also certain acts — such as witness summonses or other orders — that may be notified, in connection with a judicial proceeding, to individuals who are not (or not yet) accused of criminal conduct”⁹⁵. Сформулированный Международным Судом критерий действительно представляется вполне убедительным, когда речь идет о должностных лицах, пользующихся иммунитетом *ratione personae*, являющихся подозреваемыми или вызываемыми в качестве свидетелей по уголовному делу. Однако применительно к должностным лицам, пользующимся иммунитетом *ratione materiae*, вопрос требует дополнительного прояснения.

45. Должностное лицо, пользующееся иммунитетом *ratione materiae*, защищено от уголовно-процессуальных мер в отношении действий, совершенных им в официальном качестве. Соответственно, логично предположить, что ограничительные меры не могут быть приняты в отношении него только в связи с предполагаемым преступлением, совершенным этим лицом при осуществлении таких действий.

46. Бывшее должностное лицо, естественно, уже не осуществляет официальные функции. В этой связи говорить о том, что сохраняющийся у него иммунитет *ratione materiae* защищает его от уголовно-процессуальных мер, которые мешают/препятствуют в этот период осуществлению его функций, не приходится. Можно говорить лишь о том, что отсутствие такого рода защиты после оставления лицом своей должности мешало бы должностному лицу независимо осуществлять свои функции в период занятия должности. И здесь особенно важно уточнение Международного Суда о том, что речь идет о защите от уголовно-процессуальных мер, *накладываемых обязательства* на лицо, в отношении которого они осуществляются. Государствам в плане обеспечения их суверенитета и равноправия важно, чтобы их должностные лица не могли подвергаться таким уголовно-процессуальным мерам со стороны иностранного государства, которые налагают на них обязательства в связи с их официальной деятельностью, не только в период осуществления ими этой деятельности, но и впоследствии. Таким образом, бывшее должностное лицо, также как и действующее должностное лицо, пользующееся иммунитетом *ratione materiae*, защищено иммунитетом от налагающих обязательства уголовно-процессуальных мер в связи с предполагаемым преступлением, совершенным этим лицом при осуществлении официальных действий. Естественно, речь идет об иммунитете именно от вызова в качестве свидетеля. Приглашение дать свидетельские показания, которое в отличие от вызова не накладывает на приглашаемое должностное лицо какого-либо юридического обязательства и которое, соответственно, можно отклонить без каких-либо неблагоприятных юридических последствий, не нарушает его иммунитет и является правоммерной процессуальной мерой⁹⁶.

47. Ситуация с иммунитетом должностного лица, пользующего иммунитетом *ratione materiae*, от вызова в качестве свидетеля требует дополнительных комментариев. Очевидно, что в принципе можно вызывать должностное лицо, пользующееся иммунитетом *ratione materiae*, в качестве свидетеля, если от него требуются свидетельские показания, которые касаются действий других лиц или самого должностного лица в личном качестве (естественно, если этот вы-

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ См. пункт 41 и сноску 90 выше.

зов не ограничивает данное лицо в осуществлении официальной деятельности). Однако как быть, если речь идет о даче свидетельских показаний в отношении деяний, совершенных самим действующим или бывшим должностным лицом, или другим лицом?

48. Одним из вопросов в деле *О некоторых вопросах взаимной правовой помощи по уголовным делам (Джибути против Франции)* был вопрос об иммунитете от вызова в качестве свидетелей должностных лиц Джибути, пользующихся иммунитетом *ratione materiae*⁹⁷. Джибути указывала на то, что для того, чтобы удостовериться в том, что два должностных лица Джибути действовали в официальном качестве, и, соответственно, пользовались иммунитетом от вызова в качестве свидетелей по действиям в качестве таковых, надо было конкретно проверить, в каком качестве совершались эти действия — личном или официальном⁹⁸. Международный Суд, реагируя на этот тезис, отметил, что “it has not been “concretely verified” before it that the acts which were the subject of the summonses as *temoins assistes* issued by France were indeed acts within the scope of their duties as organs of State”⁹⁹. Это стало одной из причин, по которым Суд не признал иммунитет прокурора Республики Джибути и Руководителя службы национальной безопасности Джибути от вызова в качестве свидетелей во французский суд. Таким образом, следуя логике Суда в данном деле, об иммунитете от вызова в качестве свидетеля должностного лица, пользующегося иммунитетом *ratione materiae*, можно говорить в том случае, если лицо вызывается для дачи показаний по деяниям, совершенным им в пределах его обязанностей как органа государства.

49. Этот критерий понятен и достаточен в обстоятельствах рассмотренного Международным Судом дела. Но был бы он достаточен, если бы речь шла о вызове в качестве свидетеля в иностранный суд должностного лица, пользующегося иммунитетом *ratione materiae*, не в связи с действиями, входившими в круг его обязанностей, а в связи с действиями *ultra vires* или в связи с деяниями других лиц?

50. Как представляется, логика применительно к вызову такого должностного лица для дачи свидетельских показаний в связи с его действиями *ultra vires* может быть такой же, что и применительно к его иммунитету в отношении таких действий. Соответственно, можно предположить, что иммунитет должен защищать от такого вызова в качестве свидетеля.

51. Кроме того, представляется, что, когда речь идет о даче свидетельских показаний о деяниях других лиц, событиях, фактах, о которых должностному лицу стало известно в результате выполнения его официальных функций, иммунитет *ratione materiae* защищает должностное лицо от наложения на него иностранным государством каких-либо обязательств в этом отношении¹⁰⁰.

⁹⁷ Здесь не затрагивается вопрос об особенностях французского законодательства по данному вопросу, который подробно анализировался в данном деле как сторонами, так и Судом.

⁹⁸ *Djibouti v. France*, Judgment, para. 190.

⁹⁹ *Ibid.*, para. 191.

¹⁰⁰ G. Buzzini пишет: “Arguably a more appropriate [чем использованный Международным Судом в деле *Джибути против Франции*] criterion would be whether the required testimony possibly involves the provision of information or evidence on facts knowledge of which would have been acquired by the state official in connection with the performance of his or her

Е. Территориальная сфера действия иммунитета¹⁰¹

52. В решении по делу *Об ордере на арест* Международный Суд указывал, что министр иностранных дел пользуется иммунитетом от иностранной уго-

functions as an organ of state.” G. Bozzini, note 23 above, p. 468. В приведенном в меморандуме Секретариата решении по гражданскому делу Федеральный апелляционный суд ФРГ в 1988 г. отказался вызывать в качестве свидетеля министра обороны Индии по вопросу о действиях индийских войск против тамиллов в Шри-Ланке, придя к выводу о том, что иммунитет государства защищает его и его должностных лиц от вызова в качестве свидетелей по вопросам, касающимся суверенных действий государства, к каковым относятся действия его вооруженных сил. См. memorandum by the Secretariat, пункт 238., сноска 684. Похожей была позиция Апелляционной палаты МТБЮ в деле *Prosecutor v. Blaskic*, которая решила, что от министра обороны Хорватии нельзя потребовать повесткой явиться для предоставления официальных документов (*subpoena duces tecum*) *Prosecutor v. Blaskic*, case No. IT-95-14, Appeals Chamber Judgment on the Request of The Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber of 18 July 1997 (Issuance of Subpoenas Duces Tecum), 29 October 1997 (available at <http://www.icty.org/case/blaskic/4>). Как отмечается в меморандуме Секретариата, “[a]lthough the case concerns immunity before an international tribunal rather than a national criminal court, the Appeals Chamber noted that exercises of judicial authority of the Tribunal follow similar rules of those of a national court”. См. пункт 237, сноска 683. В деле *Prosecutor v. Radislav Krstic* Апелляционная палата того же МТБЮ вынесла решение иной направленности, указав, что функциональный иммунитет должностного лица, на который опиралась Апелляционная палата в деле *Blaskic* в вышеупомянутом вопросе, не включает иммунитета “against being compelled to give evidence of what the official saw or heard in the course of exercising his official functions”, и “[s]uch immunity does not exist”. *Prosecutor v. Radislav Krstic*, case No. IT-98-33-A, Appeals Chamber Decision on Application for Subpoenas, 1 July 2003, para. 27. В решении Палаты поясняется, что “[u]nlike the production of State documents, the State cannot itself provide the evidence which only such a witness could give”. Ibid., para. 24. Логика этого решения представляется не вполне понятной. Более убедительным выглядит мнение не согласившегося с этим решением судьи Шахабуддина. Он отмечал, что иммунитет от вызова должностного лица не сводится к ситуации с требованием о предоставлении официальных документов, а распространяется на всю информацию, полученную лицом при выполнении им его официальных функций. “[I]t is not right to narrow the definition of information to material collected in some central place under the authority of the State, such as its archives. A State acts through its officials; it has information held by them over the whole field of its activity, national and international, including information of matters seen or heard by them”. Ссылаясь на дело *Blaskic*, он указывает, что “the test which it lays down is whether the material was acquired by the proposed witness in his capacity as a State official”. *Prosecutor v. Radislav Krstic*, case No. IT-98-33-A, Decision on Application for Subpoenas, Dissenting opinion of Judge Shahabuddeen, 1 July 2003, paras. 15–16. Как пишет Д. Буззини, “it remains difficult to understand why a subpoena to give evidence as a witness on facts knowledge of which was acquired by the state official in the discharge of his or her functions should be treated differently, for purposes of immunity *ratione materiae*, from a subpoena to produce official documents”. Buzzini G., op.cit., p. 468, note 79. Тем не менее, например, Руандийский трибунал в деле *Prosecutor v. Bagosora et al.* со ссылкой на упомянутое решение в рамках дела *Krstic* без дополнительных комментариев при решении вопроса о вызове для дачи свидетельских показаний констатировал, что “Government officials enjoy no immunity from a subpoena, even where the subject-matter of their testimony was obtained in the course of government service”, *The Prosecutor v. Bagosora et al.*, case No. ICTR-98-41-T, Trial Chamber I, Decision on Request for a Subpoena for Major Jacques Biot, 14 July 2006.

¹⁰¹ См. пункт 153 меморандума Секретариата.

ловной юрисдикции, когда находится за границей¹⁰². В этом же решении указывается, что “in international law it is firmly established that ... certain holders of high-ranking office in a State, such as the Head of State, Head of Government and Minister of Foreign Affairs, enjoy immunities from jurisdiction in other States, both civil and criminal”¹⁰³. О том, что должностные лица государства обладают иммунитетом, когда находятся в поездках за рубежом, говорили и стороны как в этом деле *Об ордере на арест*¹⁰⁴, так и в деле *О некоторых вопросах взаимной правовой помощи по уголовным делам*¹⁰⁵. В обстоятельствах обоих дел эта позиция понятна. Однако насколько в принципе точно утверждение о том, что иммунитет действует только в ситуации, когда должностное лицо находится за рубежом?

53. Конечно, когда речь идет о должностных лицах, представляющих государства в международных отношениях, важно, чтобы иностранное государство не могло помешать осуществлению именно этой функции. Соответственно, иммунитет особенно важен в момент пребывания такого должностного лица за рубежом. Кроме того, именно при нахождении за пределами собственного государства должностное лицо наиболее уязвимо, незащищено от уголовно-процессуальных мер со стороны иностранного государства. Однако, как представляется, иммунитет от юрисдикции иностранного государства действует и во время пребывания должностного лица на территории того государства, на службе которого оно находится или находилось. Как следует из изложенного выше, иммунитет — это основанная на суверенитете государства процессуальная защита от иностранных уголовно-процессуальных мер, которые накладывают на его должностное лицо какое-то обязательство. С правовой точки зрения в этом смысле не вполне ясно, почему эта защита начинает действовать, когда лицо оказывается за рубежом. Иммунитет как правовая норма включает в себя обязанности осуществляющего юрисдикцию государства не принимать (а, возможно, и предотвращать) уголовно-процессуальных мер, которые мешали бы, препятствовали осуществлению должностным лицом официальной деятельности, накладывая на него обязательство. Не очень понятно, почему такое обязательство начинает действовать или может считаться нарушенным, только когда должностное лицо оказывается за пределами территории собственного государства. Кроме того, иммунитетом пользуются и должностные лица, не осуществляющие представительство государства в международных отношениях, или функции которых не сводятся к такому представительству. Разве, например, прокурор, судья или иное осуществляющее только «внутренние» функции должностное лицо, находясь на территории собственного государства, не пользуется таким же иммунитетом *ratione materiae* от изданного иностран-

¹⁰² “[T]he functions of a Minister for Foreign Affairs are such that, throughout the duration of his or her office, he or she when abroad enjoys full immunity from criminal jurisdiction and inviolability” (emphasis added — R.K.). *Arrest Warrant*, Judgment, para. 54.

¹⁰³ *Ibid.*, para. 51. Выделено автором настоящего документа. Это положение было воспроизведено и в решении Суда по делу *О некоторых вопросах взаимной правовой помощи по уголовным делам, Djibouti v. France*, Judgment, para. 170. Суд говорит не о «юрисдикции других государств» (“jurisdiction of other States”), а о юрисдикции «в» других государствах (“in” other States).

¹⁰⁴ См., например, меморандум Демократической Республики Конго (*Arrest Warrant*, *Mémoire présenté par le Gouvernement de la République démocratique du Congo*).

¹⁰⁵ См., например, пункт 164 решения, а также пункт 4.21 и пункт 4.34 контрмеморандума Франции (*Djibouti v. France*, *Contre-mémoire de la République française*).

ным государством ордера на арест или налагающего обязательство вызова в качестве свидетеля по уголовному делу, каким оно пользовалось бы при нахождении за рубежом? Как представляется, уголовно-процессуальные меры, накладывающие обязательство на иностранное должностное лицо, нарушают иммунитет, которым оно пользуется, и, соответственно, суверенитет его государства, независимо от того, находится ли это лицо за рубежом или на территории собственного государства. Нарушение обязательства не принимать такие меры в отношении иностранного должностного лица наступает уже в момент принятия такой меры, а не только тогда, когда лицо, против которого она принята, оказывается за рубежом. Соответственно, правомерна и постановка вопроса об отмене такой меры, а не о приостановлении ее на тот период, в течение которого должностное лицо находится за рубежом (последнее было бы более логично, если бы такая мера нарушала иммунитет должностного лица только в период его пребывания за границей)¹⁰⁶.

Ф. Есть ли исключения из правила об иммунитете?¹⁰⁷

1. Предварительные соображения

54. В качестве предварительных соображений отметим следующее. Во-первых, речь идет о таких исключениях из иммунитета, которые основаны на обычном международном праве. Возможность установления изъятия или исключения из иммунитета путем заключения международного договора сомнений не вызывает. Иммунитет, как отмечалось в начале этой части доклада, — это правило, существующее по общему, обычному международному праву. Тезис о наличии в обычном международном праве исключений из него, т.е. наличие или хотя бы тенденцию к становлению соответствующей обычной международно-правовой нормы (норм), надо доказывать, соответственно, на основе практики и *opinio juris* государств. Во-вторых, Специальный докладчик исходит из того, что исключения из правила иммунитета не тождественны нормальному отсутствию иммунитета. Например, отсутствие у всех должностных лиц, не пользующихся иммунитетом *ratione personae* (т.е. у подавляющего большинства действующих и всех бывших должностных лиц), иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции в связи с преступлениями, совершенными ими при осуществлении действий в личном качестве, является нормальным явлением, а не исключением из правила. Так, если известно (доказано), что, совершая преступные деяния, бывшее должностное лицо действовало в личном качестве, отсутствие иммунитета является само собой разумеющимся и не требующим доказательств. Исключение из иммунитета рассматривается в рамках

¹⁰⁶ В ходе обсуждения данной темы на шестидесятой сессии Комиссии международного права Дж. Гая затронул вопрос об иммунитете должностного лица от юрисдикции третьих государств, выразив надежду, что он будет рассмотрен в следующем докладе (A/CN.4/SR.2983, pp. 16–17). У Специального докладчика пока нет уверенности в необходимости отдельного рассмотрения этого вопроса, поскольку он, по крайней мере пока, не видит оснований полагать, что иммунитет (объем иммунитета) зависит от того, находится ли иностранное должностное лицо на территории собственного или третьего государства. Дополнительного рассмотрения требует вопрос о том, зависит ли иммунитет от нахождения лица (или осуществления им предположительно преступных действий) на территории того государства, которое осуществляет уголовную юрисдикцию. Этот вопрос будет рассмотрен в дальнейшем.

¹⁰⁷ See memorandum by the Secretariat, paras. 141–153, 180–212.

данной темы как ситуация, когда по общему правилу должностное лицо пользуется иммунитетом, но ввиду определенных обстоятельств иммунитет отсутствует. Например, должностные лица по общему правилу пользуются иммунитетом в отношении преступлений, совершенных ими при осуществлении официальных действий. Однако существует мнение, что когда эти преступления являются наиболее тяжкими и признаны преступлениями по международному праву, то иммунитет от иностранной юрисдикции отсутствует. Такая ситуация в настоящем докладе рассматривается как исключение из иммунитета.

55. Вопрос об исключениях из правила об иммунитете ставится главным образом применительно к действующим и бывшим должностным лицам, пользующимся иммунитетом *ratione materiae*. По крайней мере, в отношении действующих высших должностных лиц — главы государства, главы правительства и министра иностранных дел — господствует мнение о том, что иммунитет *ratione personae* от иностранной уголовной юрисдикции, которым они пользуются, не подвержен исключениям. Не знающий изъятий, так называемый абсолютный иммунитет *ratione personae* подтвержден Международным Судом в делах *Об ордере на арест* и *О некоторых вопросах взаимной правовой помощи по уголовным делам*¹⁰⁸, в решениях национальных судов¹⁰⁹ в резолюциях Института международного права¹¹⁰. Преобладает такая точка зрения и в доктрине¹¹¹. Как отмечает М. Фрулли, “state practice consistently shows that the rules on per-

¹⁰⁸ *Arrest Warrant*, Judgment, paras. 51, 54, 56, 58; *Djibouti v. France*, Judgment, paras. 170, 174.

¹⁰⁹ *Gaddafi*, Bulletin des Arrêts de la Cour de Cassation 2001, p. 218; *Ariel Sharon*, Belgian Supreme Court, Judgment of 12.02.2003 (see at <http://www.indictsharon.net>); *Wei Ye v. Jiang Zemin*, 383 F.3d 620, 2004 U.S. App. LEXIS 18944 (7th Cir. Sept. 8, 2004); *Tachiona v. United States* (Mugabe case), 386 F.3d 205, 2004 U.S. App. LEXIS 20879 (2d Cir. Oct. 6, 2004), *W. v. Johannes (Hans) Adam, First von Liechtenstein*, Supreme Court of Austria, Judgment of 14.02.2001; *Jones v. the Ministry of the Interior Al-Melaka Al-Arabia as Saudi* (The Kingdom of Saudi Arabia), United Kingdom Court of Appeal Judgment 28.10.2004, EWCA CIF 1394; *Jones v. the Ministry of the Interior Al-Melaka Al-Arabia as Saudi* (The Kingdom of Saudi Arabia), House of Lords Judgment 14.06.2006, [2006] UKHL 26; *Tatchel v. Mugabe*, United Kingdom District Court Judgment of 14.01.2004, *Application for Arrest Warrant against general Shaul Mofaz*, United Kingdom District Court Judgment of 12.02.2004 both cited in Current developments, ICLQ, vol. 53, p. 769–774. Процедуры привлечения к уголовной ответственности Ф. Кастро в Испании и Бельгии были также остановлены в связи с подтверждением его иммунитета (см. http://www.trial-ch.org/en/trial-watch/profile/db/legal-procedures/fidel_castro_425.html).

¹¹⁰ “In criminal matters, the Head of State shall enjoy immunity from jurisdiction before the courts of a foreign State for any crime he or she may have committed, regardless of its gravity” (речь идет о действующем главе государства — Р.К.). Resolution of the Institute-2001, note 40 above, article 2. “No immunity from jurisdiction other than personal immunity in accordance with international law applies with regard to international crimes” (речь идет об иммунитете лиц, действующих от имени государства — Р.К.). Resolution of the Institute-2009, note 22 above, article III, para. 1.

¹¹¹ См. memorandum by the Secretariat, п. 137, сноска 375. Hamida A.G. (“...even when in the case of a State official perpetrating an international crime while in office, he can still enjoy immunity *ratione personae* (personal or status immunity)... and is inviolable and immune from prosecution so long as he is in office”). A.G. Hamida, K.M. Sein and H.A. Kadouf “Immunity Versus International Crimes: the Impact of Pinochet and Arrest Warrant Cases”, *Indian Journ. of Int’l Law*, 2006, vol. 46, No. 4, p. 511. K. Parlett: “It is not disputed that immunity applies for torture in proceedings against persons accorded immunity *ratione personae*” (“Immunity in Civil Proceedings for Torture: The Emerging Exception”, *European human rights review*, 2006, No. 1 p. 60).

sonal immunities cannot be derogated from at the national level”¹¹². Есть, впрочем, и мнение, согласно которому из правила иммунитета *ratione personae* должны быть исключения¹¹³. Его придерживаются некоторые авторы¹¹⁴. С такой позицией, например, пришла в Международный Суд Бельгия в деле *Об ордере на арест*¹¹⁵. Эта позиция получила поддержку в мнениях судей, не согласных с принятым значительным большинством судей решением Суда¹¹⁶ и определенное отражение в совместном особом мнении трех судей в этом деле¹¹⁷.

2. Обоснования исключений

56. Необходимость существования исключений из иммунитета объясняется, прежде всего, требованиями защиты прав человека от наиболее грубых и массовых их нарушений и борьбы с безнаказанностью. Речь ведется о необходимости защиты интересов международного сообщества в целом и, соответственно, о том, что эти интересы, а также необходимость борьбы с наиболее тяжкими международными преступлениями, чаще всего совершаемыми должностными лицами государства, диктуют необходимость привлечения их к уголов-

¹¹² M. Frulli, Immunities of persons from jurisdiction. In: The Oxford companion to international criminal justice, Editor-in-chief A. Cassese, 2009, p. 369.

¹¹³ See memorandum by the Secretariat, para. 151; Принцип 5 Принстонских принципов универсальной юрисдикции (“... the official position of any accused person, whether as head of state or government or as a responsible government official, shall not relieve such person of criminal responsibility nor mitigate punishment”) разработчики комментируют так: “A substantive immunity from prosecution would provide heads of state, diplomats, and other officials with exoneration from criminal responsibility for the commission of serious crimes under international law when these crimes are committed in an official capacity. Principle 5 rejects this substantive immunity...” см. Commentary on the Princeton Principles, prepared by S.W. Becker, in Princeton Principles on Universal Jurisdiction, p. 48. (available at: http://lapa.princeton.edu/hosteddocs/unive_jur.pdf). Впрочем, далее отмечается, что этот принцип не затрагивает «процессуальный» иммунитет, который продолжает иметь силу во время нахождения главы государства или другого должностного лица в должности: “Under international law as it exists, sitting heads of state, accredited diplomats, and other officials cannot be prosecuted while in office for acts committed in their official capacities”, *ibid.*, p. 49.

¹¹⁴ See memorandum by the Secretariat, para. 151.

¹¹⁵ В своем контрмеморандуме Бельгия, в частности, указывает на то, что: “... international sources are not lacking to show that the head of State or a member of his government does not benefit from immunity when accused of having committed crimes under international humanitarian law”, *Arrest Warrant*, Counter-Memorial of the Kingdom of Belgium, 28 September 2001, para. 3.5.13. См. также *Arrest Warrant*, Judgment, para. 56.

¹¹⁶ See memorandum by the Secretariat, para. 149. В своем особом мнении в деле *Arrest Warrant* судья Al-Khasawneh отмечает, что: “[t]he effective combating of grave crimes has arguably assumed a *jus cogens* character reflecting recognition by the international community of the vital community interests and values it seeks to protect and enhance. Therefore, when this hierarchically higher norm comes into conflict with the rules on immunity, it should prevail”. *Arrest Warrant*, Judgment, Dissenting opinion of Judge Al-Khasawneh, para. 7, at p. 98. Жесткую позицию заняла и судья Van den Wyngaert, по мнению которой “[i]mmunity should never apply to crimes under international law, neither before international courts nor national courts”, *Arrest Warrant*, Judgment, Dissenting opinion of Judge Van den Wyngaert, para. 36, at p. 161.

¹¹⁷ *Ibid.*, Joint separate opinion of Judges Higgins, Koijmans and Buergenthal. В совместном особом мнении трех судей высказываются сомнения в отношении случаев отсутствия иммунитета, перечисленных в пункте 61 Решения Суда. В частности, авторы мнения с сожалением отмечают, что: “The only credible alternative ... seems to be the possibility of starting proceedings in a foreign court after the suspected person ceases to hold the office of Foreign Minister”, para. 78.

ной ответственности в любом обладающем юрисдикцией государстве¹¹⁸. Для этого, в свою очередь, необходимо существование исключений из иммунитета должностных лиц от иностранной уголовной юрисдикции. Исключения из иммунитета действующих и бывших должностных лиц, пользующихся иммунитетом *ratione materiae*, обосновывают по-разному. Основные обоснования сводятся к следующим. Во-первых, как уже отмечалось, существует точка зрения, согласно которой совершенные должностным лицом наиболее тяжкие преступные деяния по международному праву не могут рассматриваться как действия, совершенные в официальном качестве¹¹⁹. Во-вторых, считают, что поскольку международное преступление, совершаемое должностным лицом в официальном качестве, присваивается не только государству, но и должностному лицу, то оно не защищается иммунитетом *ratione materiae* в уголовном процессе¹²⁰. В-третьих, указывают на то, что императивные нормы международного права, запрещающие и криминализирующие определенные деяния, превалируют над нормой об иммунитете и делают иммунитет недействующим применительно к такому рода преступлениям¹²¹. В-четвертых, говорят о том, что в международном праве сформировалась норма обычного международного права, предусматривающая исключение из иммунитета *ratione materiae* в случае совершения должностным лицом тяжких преступлений по международному праву¹²². В-пятых, проводится связь между наличием универсальной юрисдикции в отношении наиболее тяжких преступлений и недействием иммунитета применительно к таким преступлениям¹²³. В-шестых, аналогичную связь усматривают

¹¹⁸ См., например, К. О’Donnell: “Upon leaving office ... a state should be able to hold a head of state accountable for international crimes. Victims of human rights violations should not be left without a remedy. Ideally, the knowledge that the cloak of immunity will be unveiled upon completion of office will serve as a sufficient deterrence for sitting heads of state so as to prevent the commission of international crimes”. *Op.cit.*, p. 416.

¹¹⁹ See memorandum by the Secretariat, paras. 191 and 192. Также сноска 74 выше.

¹²⁰ Например, на подобной позиции стоят три неправительственные организации — Redress fund, Amnesty International, Justice — в своем представлении в Европейский суд по правам человека в делах *Jones v. United Kingdom* и *Mitchell and Others v. United Kingdom*, сделанном в 2010 г. (Available at: <http://www.interights.org/jones>, paras. 10–17).

¹²¹ Этот подход строится на основе теории «нормативной иерархии» и опирается на пропозицию о том, что нормы, запрещающие пытки и некоторые другие деяния, являются нормами *jus cogens*, тогда как иммунитет государства и его должностных лиц императивным характером не обладает. См., например, Bassiouni Ch. “Searching for Peace and Achieving Justice: The Need for Accountability” in *Reining in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights: Proceedings of the Siracusa Conference 17–21 September 1998*, sp.ed.Ch.J. Joyner, Association International de droit penal, 1998 (“Crimes against humanity, genocide and war crimes ... and torture are international crimes which have risen to the level of *jus cogens*. As a consequence, the following duties arise: the obligation to extradite or prosecute, ... to eliminate immunities of superiors up to and including heads of states”. p. 56).

¹²² See memorandum by the Secretariat, paras.197–204.

¹²³ См. принцип 5 Принстонских принципов универсальной юрисдикции. Princeton Principles on Universal Jurisdiction (available at: http://lapa.princeton.edu/hosteddocs/unive_jur.pdf). “In fact, it would appear that the notion of immunity from criminal liability for crimes under international law perpetrated in an official capacity, whether by existing or former office holders, is fundamentally incompatible with the proposition that gross human rights offences are subject to universal jurisdiction”, International Law Association, Committee on International Human Rights Law and Practice, Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offence, London Session (2000), p. 14 (available at: <http://www.ila-hq.org>).

между обязательством *aut dedere aut judicare* и недействием иммунитета применительно к преступлениям, в отношении которых существует такое обязательство¹²⁴. В той или иной степени все эти обоснования исключений достаточно близки между собой.

57. Точка зрения, согласно которой наиболее тяжкие преступления по международному праву¹²⁵ не могут рассматриваться как действия, совершаемые в официальном качестве, и поэтому иммунитет *ratione materiae* не защищает от иностранной уголовной юрисдикции, осуществляемой в связи с такими преступлениями, получила достаточно широкое распространение¹²⁶. Соответственно, если следовать этой точке зрения, иммунитет защищает от иностранной уголовной юрисдикции только лиц, пользующихся иммунитетом *ratione personae*, т.е. «тройку» и, возможно, некоторых других высокопоставленных должностных лиц в период занятия ими должности. Другие действующие должностные лица и все бывшие должностные лица, включая «тройку», согласно этому мнению, подлежат иностранной уголовной юрисдикции в случае совершения ими такого преступления. В принципе Международный Суд оставил возможность для подобной интерпретации своего решения по делу *Об ордере на арест*. Перечисляя обстоятельства, в которых иммунитет не препятствует осуществлению иностранной уголовной юрисдикции, Суд указал *inter alia*: “Provided that it has jurisdiction under international law, a court of one State may try a former Minister for Foreign Affairs of another State in respect of acts committed prior or subsequent to his or her period of office as well as *in respect of acts committed during that period of office in a private capacity*”¹²⁷. Это дало основание трем судьям, согласившимся в целом с решением Суда, подчеркнуть в своем Совместном отдельном мнении, что иммунитет защищает министра иностранных дел после оставления им офиса только в связи с «официальными» действиями, и указать далее: “It is now increasingly claimed in the literature ... that serious international crimes cannot be regarded as official acts because they are neither normal State functions nor functions that a State alone (in contrast to an individual) can perform... . This view is underscored by the increasing realization that State-related motives are not the proper test for determining what constitutes public

¹²⁴ See memorandum by the Secretariat, note 26 and para. 205.

¹²⁵ Вряд ли можно говорить об общепризнанном перечне преступлений, которые относятся сторонниками этой позиции к числу тех преступлений, которые не могут рассматриваться как официальные действия. Обычно говорят о тех преступлениях, которые подпадают по юрисдикцию Международного уголовного суда, — геноциде, преступлениях против человечности, военных преступлениях, агрессии. Как отмечал в своем Окончательном докладе (*Rapport définitif*) по вопросу об иммунитетах в Тринадцатой комиссии Института Дж. Верхувен, “[l]a difficulté reste de s’entendre sur les crimes qui autorisent une dérogation à l’immunité. La Commission a préféré demeurer sur ce point relativement vague. Ces crimes sont certainement ceux qui sont visés par le Statut de la Cour pénale internationale (agression, crime de guerre, génocide, crime contre l’humanité)”. Institut de droit international, *Annuaire*, vol. 69, 2000–2001, Session de Vancouver, 2001, pp. 594–595. “[l]a Commission n’a pas souhaité reprendre à son compte une définition de ces crimes de manière à laisser la porte ouverte à des évolutions qui permettraient de considérer comme des crimes graves de droit international des infractions qui ne rentrent pas à l’heure actuelle dans la compétence des tribunaux pénaux internationaux ou de la Cour pénale internationale.” *Ibid.*, p. 615.

¹²⁶ См. выше, сноска 119.

¹²⁷ *Arrest Warrant*, Judgment, para. 61. Выделено автором настоящего документа.

State acts. The same view is gradually also finding expression in State practice, is evidenced in judicial decisions and opinions”¹²⁸.

58. До решения по делу *Об ордере на арест* эта точка зрения была сформулирована лордом Стейном и лордом Николсом в деле *Pinochet I* и лордом Хаттоном и лордом Филипсом в деле *Pinochet III*¹²⁹. В решении Апелляционного суда Амстердама по делу *Бутерса* в 2000 г. отмечалось, в частности, что “the

¹²⁸ Ibid., Joint separate opinion of Judges Higgins, Koopmans and Buergenthal, para. 85. Судьи ссылаются на статью Andrea Bianchi, “Denying State Immunity to Violators of Human Rights”, 46 *Austrian Journ. of Publ. and Int’l Law* (1994), pp. 227–228, а также решение Верховного суда Израиля в деле *Eichmann*, Supreme Court, Judgment 29 may 1962, 36 I.L.R., p. 312 и решение Апелляционного суда Амстердама по делу *Bouterse* (Gerechtshof Amsterdam, 20 November 2000, para. 4.2). Кроме того, упоминаются мнения судей национальных судов, высказывавшиеся в делах *Pinochet I* и *Pinochet III* (Lords Steyn and Nicholls, Lords Hutton and Phillips of Worth Matravers, соответственно).

¹²⁹ Lord Steyn: “It is therefore plain that statutory immunity in favour of a former Head of State is not absolute. It requires the coincidence of two requirements: (1) that the defendant is a former Head of State (*ratione personae* in the vocabulary of international law) and (2) that he is charged with official acts performed in the exercise of his functions as a Head of State (*ratione materiae*). In regard to the second requirement it is not sufficient that official acts are involved: the acts must also have been performed by the defendant in the exercise of his functions as Head of State”. “...the development of international law since the Second World War justifies the conclusion that by the time of the 1973 coup d’etat, and certainly ever since, international law condemned genocide, torture, hostage taking and crimes against humanity (during an armed conflict or in peace time) as international crimes deserving of punishment. Given this state of international law, it seems to me difficult to maintain that the commission of such high crimes may amount to acts performed in the exercise of the functions of a Head of State.” *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte* (No. 1) (Hereinafter “*Pinochet I*”) (available at: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd981125/pino09.htm>)

Lord Nicholls of Birkenhead: “In my view, article 39.2 of the Vienna Convention, as modified and applied to former heads of state by section 20 of the 1978 Act, is apt to confer immunity in respect of acts performed in the exercise of functions which international law recognizes as functions of a head of state, irrespective of the terms of his domestic constitution. ... International law does not require the grant of any wider immunity. And it hardly needs saying that torture of his own subjects, or of aliens, would not be regarded by international law as a function of a head of state. ... [I]nternational law has made plain that certain types of conduct, including torture and hostage-taking, are not acceptable conduct on the part of anyone. This applies as much to heads of state, or even more so, as it does to everyone else; the contrary conclusion would make a mockery of international law.” *ibid.*

Lord Hutton: “Therefore having regard to the provisions of the Torture Convention, I do not consider that Senator Pinochet or Chile can claim that the commission of acts of torture after 29 September 1988 were functions of the head of state. The alleged acts of torture by Senator Pinochet were carried out under colour of his position as head of state, but they cannot be regarded as functions of a head of state under international law when international law expressly prohibits torture as a measure which a state can employ in any circumstances whatsoever and has made it an international crime”. “My conclusion that Senator Pinochet is not entitled to immunity is based on the view that the commission of acts of torture is not a function of a head of state, and therefore in this case the immunity to which Senator Pinochet is entitled as a former head of state does not arise in relation to, and does not attach to, acts of torture.” (*Pinochet III*) (available at: <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino6.htm>).

Lord Phillips of Worth Matravers: “Insofar as Part III of the Act of 1978 entitles a former head of state to immunity in respect of the performance of his official functions I do not believe that those functions can, as a matter of statutory interpretation, extend to actions that are prohibited as criminal under international law.” (*Pinochet III*), *ibid.*

commission of very grave criminal offenses of this kind cannot be regarded as part of the official duties of a Head of State”¹³⁰.

59. Вместе с тем, как констатирует меморандум Секретариата, эта точка зрения подверглась критике как в национальных судах, так и в доктрине¹³¹. В частности, лорд Гофф в деле *Pinochet III* говорил, что совершенное главой государства деяние, если оно совершено не в личном качестве, не лишается качества «государственного» деяния в силу противоправности, и подчеркивал, что это касается преступлений любого характера¹³². Упомянутое решение по делу *Бутерса* было воспринято некоторыми специалистами скептически¹³³. В своем особом мнении в деле *Об ордере на арест* судья ad hoc Van den Wyngaert, критикуя Международный Суд за то, что он в перечне ограничений иммунитета указал на его отсутствие у бывшего министра иностранных дел в отношении деяний, совершенных в период занятия должности в личном качестве, отметила, что в своем решении Суд “could and indeed should have added that war crimes and crimes against humanity can never fall into this category”¹³⁴. И подчеркнула далее: “Some crimes under international law (e.g. certain acts of genocide and of aggression) can, for practical purposes, only be committed with the means and mechanisms of a State and as part of State policy. They cannot, from that perspective, be anything other than ‘official’ acts”¹³⁵. Тот факт, что идея о том, что функциональный иммунитет иностранных должностных лиц защищает действия государств, на службе которых они находятся, “is increasingly echoed in judicial and academic thinking”, признается даже критически настроенными по отношению к нему авторами¹³⁶.

60. Говорят при этом и о том, что если не рассматривать совершаемые должностным лицом преступления по международному праву как действия, которые

¹³⁰ See note 539 and para. 191 in the memorandum by the Secretariat. Бывший глава Суринама обвинялся в пытках и убийстве 15 человек в декабре 1982 года. Комментарий к этому делу: L. Zegfeld. The Bouterse case. Netherlands Yearbook of International Law, 2001, стр. 97–120.

¹³¹ См. перечень решений национальных судов: memorandum by the Secretariat, para. 192, note 540–545. См. также R. van Alebeek, note 51 above, p. 286 ff.

¹³² Lord Goff of Chieveley: “The functions of, for example, a head of state are governmental functions, as opposed to private acts; and the fact that the head of state performs an act, other than a private act, which is criminal does not deprive it of its governmental character. This is true of a serious crime, such as murder or torture, as it is of a lesser crime”. (*Pinochet III*, available at: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino3.htm>). Лорд Слинн в деле *Pinochet I* также отметил, что: “clearly international law does not recognize that it is one of the specific functions of a Head of State to commit torture or genocide. But the fact that in carrying out other functions, a Head of State commits an illegal act does not mean that he is no longer to be regarded as carrying out one of his functions. If it did, the immunity in respect of criminal acts would be deprived of much of its content. I do not think it right to draw a distinction for this purpose between acts whose criminality and moral obliquity is more or less great.” (Lord Slynn of Hadley in *Pinochet I*, available at: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd981125/pino02.htm>).

¹³³ “In my view, no order from a head of state in his capacity of the commander of the military to its subordinates could be qualified as ‘non-official’. The decision of Amsterdam Court of Appeal, that the December killings are ‘non-official’ acts and as consequence fall outside the immunity claim, should therefore be rejected”. L. Zegfeld. op.cit., p. 115,

¹³⁴ *Arrest Warrant*, Judgment, Dissenting opinion of Judge Van den Wyngaert, para. 36, at p. 161.

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ См., например, R. van Alebeek, note 51 above, pp. 303–304. Хотя этот автор придерживается как раз иной точки зрения.

могут присваиваться государству, на службе которого это лицо находится или, в случае бывшего должностного лица, находилось, то нельзя будет вести речь о международно-правовой ответственности этого государства за данное преступление¹³⁷. Этот аргумент логичен и, возможно, уместен, однако он основан скорее на соображениях целесообразности, нежели на почве права.

61. Если рассматривать ситуацию с сугубо правовой точки зрения, то возникают следующие соображения. Не вполне понятно, почему тяжесть преступного деяния может приводить к изменению его присвоения как для целей ответственности, так и для целей иммунитета. Если противоправные официальные деяния должностного лица по общему правилу присваиваются государству и продолжают считаться его, т.е. официальными, деяниями, то почему наиболее тяжкие из них перестают присваиваться государству и утрачивают характер официальных? И, соответственно, почему тяжесть деяния, предположительно совершенного иностранным должностным лицом, приостанавливает действие принципа суверенного равенства государств, из которого вытекает принадлежащий иностранному государству иммунитет *ratione materiae* его должностного лица? Конечно, в ряде случаев тяжкие международные преступления совершаются и лицами, не являющимися должностными лицами государства (например, представляющими неправительственную сторону в ходе вооруженного конфликта немеждународного характера). Но в этих ситуациях вопрос об иммунитете и не возникает. Возникает он только применительно к должностным лицам государства. Между тем, как правило, сама возможность совершать масштабные противоправные действия возникает у них только благодаря тому, что за их спиной стоит государство, они действуют от его имени, пользуясь соответствующим аппаратом принуждения, отдавая приказы и т.д. В этой ситуации утверждение о том, что такого рода действия носят частный, а не официальный характер, выглядит, пожалуй, как искусственная и не вполне правовая попытка преодолеть барьер иммунитета *ratione materiae* должностного лица от иностранной уголовной юрисдикции.

62. Другое обоснование состоит в том, что иммунитет *ratione materiae* неприменим, поскольку преступное деяние присваивается не только государству, но и должностному лицу, его совершившему¹³⁸. Можно отметить в этой связи, что в предварительном докладе также говорилось о том, что присвоение государству противоправного деяния, совершенного должностным лицом, действовавшим как таковое, не исключает присвоения этого же деяния должностному лицу¹³⁹. Однако официальный характер этих действий от этого не меняется. В этой связи не вполне понятно, почему это исключает защиту должностного лица иммунитетом *ratione materiae*, по сути являющимся иммунитетом государства, когда речь идет не просто о противоправном деянии, а о преступлении по международному праву¹⁴⁰.

¹³⁷ См., например, D.S. Koller: "First, such acts quite often are official acts in the sense that state actors carry them out in the name of the state. ... Second, this legal fiction would effectively eliminate state responsibility, as acts done in one's own capacity are no longer attributable to the state.", *op. cit.*, p. 29. См. также S. Wirth, "Immunity for Core Crimes? The ICJ's Judgment in *Congo v. Belgium Case*", *EJIL* 13 (2002) 877, p. 891.

¹³⁸ См. сноску 120 выше.

¹³⁹ См. п. 89 предварительного доклада.

¹⁴⁰ В принципе, если следовать логике сторонников рассматриваемой точки зрения, то иммунитет должностных лиц *ratione materiae* от иностранной уголовной юрисдикции не

63. Еще одно обоснование отсутствия иммунитета *ratione materiae* действующих и бывших должностных лиц в случае совершения ими тяжких преступлений по международному праву состоит в тезисе о том, что эти тяжелейшие нарушения прав человека криминализуются и запрещаются императивными нормами общего международного права. Соответственно, по мнению сторонников данной точки зрения, эти нормы *jus cogens* превалируют над обычной диспозитивной нормой иммунитета *ratione materiae*¹⁴¹. Такой позиции придерживалось, в частности, меньшинство судей в делах *Al-Adsani* в Европейском суде по правам человека¹⁴². В особом мнении судей Розакиса, Кафлиша, Косты, Фильдбахера, Кабрала Баррето и Ваджича говорилось, в частности: “Due to the interplay of the *jus cogens* rule on prohibition of torture and the rules on State immunity, the procedural bar of State immunity is automatically lifted, because those rules, as they conflict with a hierarchically higher rule, do not produce any legal effect. In the same vein, national law which is designed to give domestic effect to the international rules on State immunity cannot be invoked as creating a jurisdictional bar, but must be interpreted in accordance with and in the light of the imperative precepts of *jus cogens*”¹⁴³. Примерно об этом же говорил лорд Миллет в деле *Пиночет III*¹⁴⁴. В деле *Феррини* Кассационный Суд Италии указал, что совершение международных преступлений является тяжким нарушением фундаментальных прав человека и универсальных ценностей мирового сообщества и что эти ценности защищены императивными нормами международного права, что влечет за собой то, что национальные суды обладают универсальной уголовной и гражданской юрисдикцией в отношении них, и они преобладают над принципом иммунитета¹⁴⁵. В деле *Лозано*, в центре которого был вопрос об имму-

должен существовать вообще, а не только применительно к международным преступлениям, поскольку любое (а не только тяжкое) противоправное деяние должностного лица в официальном качестве может быть присвоено не только государству, но и самому должностному лицу.

- ¹⁴¹ Несмотря на то, что иммунитет вытекает из принципа суверенного равенства государств, являющегося одним из основополагающих принципов международного права, по-видимому, правильно рассматривать норму иммунитета как диспозитивную, от которой государства могут отступить по соглашению между собой.
- ¹⁴² European Court of Human Rights Judgment of 21 November 2001, Case of *Al-Adsani v. The United Kingdom* (App No. 35763/97), <http://hudoc.echr.coe.int>.
- ¹⁴³ *Al-Adsani v. United Kingdom*, op. cit. Joint dissenting opinion of Judges Rozakis and Caflisch joined by Judges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto and Vajić, para. 3 (available at: <http://hudoc.echr.coe.int>).
- ¹⁴⁴ Lord Millett: “The international community had created an offence for which immunity *ratione materiae* could not possibly be available. International law cannot be supposed to have established a crime having the character of a *jus cogens* and at the same time to have provided an immunity which is co-extensive with the obligation it seeks to impose” (*Pinochet III*).
- ¹⁴⁵ *Ferrini v. Repubblica Federale di Germania*, Corte di Cassazione, Joint Sections, Judgment 6 November 2003-11 March 2004, n. 5044, paras. 9, 9.1. В данном деле, как и в деле *Al-Adsani* в Европейском суде по правам человека, речь шла об иммунитете государства, а не его должностных лиц. При этом Суд рассмотрел и решения некоторых других национальных судов по уголовным делам против иностранных должностных лиц и счел, что она свидетельствует о том, что функциональный иммунитет таких лиц не действует в случае обвинения их в международных преступлениях. Эта позиция Верховного Суда Италии получила развитие в решении по гражданскому делу *Middle* (Corte di Cassazione — First Section Judgment 21 October 2008-13 January 2009, n. 1072). (См. F. Moneta, State immunity for international crimes: The case of Germany versus Italy before the ICJ, available at: www.haguejusportal.net. См. также дело *Prefecture of Voioitia v. Germany* in Supreme Court of Greece, no 11/2000 of 4 May 2000, http://www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/Greece/Voioitia_SupremeCourt_4-5-2000.pdf; AJIL, v. 85, p. 198)

нитете от уголовной юрисдикции Италии американского военнослужащего в связи с преступлением, предположительно совершенным в Ираке, Кассационный Суд указал, что “a customary rule was emerging to the effect that the immunity of a state did not cover acts which qualified as crimes under international law. The rationale behind this exception to immunity lay in the fact that, in case of conflict between the rules on immunity and those establishing international crimes, the latter, being rules of *jus cogens*, had to prevail”¹⁴⁶. Эта точка зрения высказывается в доктрине¹⁴⁷, ее придерживался в своем особом мнении по делу *Об ордере на арест судья Al-Kasawneh*¹⁴⁸.

По мнению лорда Bingham of Cornhill, “[t]he Ferrini decision cannot... be treated as an accurate statement of international law as generally understood” (*Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya* (the Kingdom of Saudi Arabia), Opinions of the Lords of Appeal, 14 June 2006, para. 22, available at: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060614/jones.pdf>).

¹⁴⁶ *Lozano v. Italy*, Appeal Judgment, Case No 31171/2008. Здесь используется изложение решения на английском языке, приведенное в Oxford Reports on International Law, ILDC 1085 (IT 2008), available at <http://ildc.oxfordlawreports.com>. В этом решении Суд, несмотря на изложенное, признал, что итальянские суды не могут осуществлять юрисдикцию в отношении преступления, предположительно совершенного Лозано, поскольку оно не является военным преступлением, соответственно, на него не распространяется указанное исключение и иностранный военнослужащий пользуется иммунитетом *ratione materiae*, которым в соответствии с обычным международным правом пользуются органы государства. В отношении иммунитета *ratione materiae* в решении (судя по используемому пересказу) говорится следующее: “Under a well-established rule of customary international law, which was universally accepted both in the prevailing legal literature and in domestic and international judicial decisions ... *acta iure imperii* performed by organs of a state in the discharge of their functions were covered by immunity and therefore could not be subjected to the civil or criminal jurisdiction of a foreign state. The rule of immunity *ratione materiae*, which had to be distinguished from that concerning immunity *ratione personae* enjoyed by certain state officials, was simply a corollary to the customary international rule establishing the immunity of a state from the jurisdiction of a foreign state in relation to *acta iure imperii* of its organs. Since each sovereign state was free to determine its internal structure and to designate the individuals acting as state organs, it followed that acts performed by state organs constituted the exercise of state functions and therefore were to be attributed to the state. Consequently, only the state could be held responsible for such acts”. Ibid.

¹⁴⁷ См., например, Р. Тэйлор: “Because torture violates *jus cogens* norms, it may be an implied waiver of immunity. *Jus cogens* norms are internationally accepted rules of conduct for sovereign states. They have the highest status in international law. Sovereign immunity, on the other hand, stems from customary international law and is not a *jus cogens* norm. Sovereign immunity may therefore be unavailable for violators of *jus cogens* — in effect, the violations may be implied waivers of immunity”. Taylor R.H. “Pinochet, Confusion, and Justice: the Denial of Immunity in U.S. Courts to Alleged Torturers Who Are Former Heads of State”, *Thomas Jefferson Law Review* 24 (Fall 2001), p. 114. К. Парлетт объясняет основание этого подхода так: “Although the trumping argument has not been generally accepted, the reasoning behind it has some validity. First, the effects of a *jus cogens* norm are not limited to treaties, but extend to customary international law and to domestic law and practice. Secondly, to give proper effect to a *jus cogens* norm, it must override not only contrary rules of substance, but rules which prevent its enforcement. In the context of torture, this would mean the *jus cogens* prohibition overrides not only domestic law permitting the practice of torture, but also the operation of immunity to prevent enforcement of rights related to the norm itself. As the rules of immunity are not *jus cogens*, they must yield to the effect of the hierarchically superior norm”. in “Immunity in Civil Proceedings for Torture: the Emerging Exception”, *European Human Rights Review*, 2006, No. 1, p. 51.

¹⁴⁸ *Arrest Warrant*, Judgment, Dissenting opinion of Judge Al-Khasawneh, para. 7, at p. 98. (“The effective combating of grave crimes has arguably assumed a *jus cogens* character reflecting

64. Однако большинство судей в делах *Al-Adsani, Kalogeropoulou et al. v. Greece and Germany* в Европейском суде по правам человека с такой позицией не согласилось. В решении по делу *Al-Adsani* в этой связи указывалось: “Notwithstanding the special character of the prohibition of torture in international law, the Court is unable to discern in the international instruments, judicial authorities or other materials before it any firm basis for concluding that, as a matter of international law, a State no longer enjoys immunity from civil suit in the courts of another State where acts of torture are alleged”¹⁴⁹. Позиция Европейского суда по правам человека в этих делах нашла поддержку в доктрине¹⁵⁰. В то же время надо иметь в виду, что в упомянутых делах Европейский суд по правам человека имел дело с иммунитетом государства от гражданской юрисдикции, а не с иммунитетом должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции¹⁵¹. В меморандуме Секретариата отмечается, что “it may not seem to be self-evident that a substantive rule of international law criminalizing certain conduct is incompatible with a rule preventing under certain circumstances, prosecution for that conduct in a foreign criminal jurisdiction”. Представляется все же, что ситуация является более определенной. Императивные нормы, криминализующие международные преступления, находятся в сфере материального права. Норма об иммунитете, как отмечалось выше, носит процессуальный характер, не влияет на криминализацию деяний, о которых идет речь, не отменяет ответственность за них и даже не исключает полностью уголовную юрисдикцию в отношении этих деяний, когда они совершены иностранным должностным лицом (иммунитет защищает лишь от определенных действий). Поскольку норма об иммунитете, с одной стороны, и нормы, криминализующие определенное поведение или устанавливающие ответственность за него, — с другой, регулируют разные вопросы и лежат в разных областях права (процессуальной и материальной, соответственно), они вряд ли могут конфликтовать между собой, даже несмотря на то, что одни из них являются императивными, а другая — диспозитивной¹⁵².

recognition by the international community of the vital community interests and values it seeks to protect and enhance. Therefore when this hierarchically higher norm comes into conflict with the rules on immunity, it should prevail.”).

¹⁴⁹ *Al-Adsani v. The United Kingdom*, European Court of Human Rights Judgment, 21 November 2001, para. 61. Эта позиция нашла отражение и в решении по делу *Karogelopoulou*: “The Court does not find it established, however, that there is yet acceptance in international law of the proposition that States are not entitled to immunity in respect of civil claims for damages brought against them in another State for crimes against humanity”.

¹⁵⁰ См., например, L.M. Caplan, note 152 below; Markus Rau, *After Pinochet: Sovereign Immunity in Respect of Serious Human Rights Violations — The Decision of the European Court of Human Rights in the Al-Adsani Case*, 3 *German Law Journal* No. 6 (2002) (available at: <http://www.germanlawjournal.com>).

¹⁵¹ See memorandum by the Secretariat, para. 195.

¹⁵² А. Зиммерманн, например, в этой связи отмечал, что “it seems to be more appropriate to consider both issues as involving two different sets of rules which do not interact with each other.” A. Zimmermann, *Sovereign immunity and violations of international jus cogens — some critical remarks*, 16 *Michigan journal of international law* 433, 438 (1995). Здесь, может быть, уместно также сослаться по аналогии на мнение Международного Суда, высказанное в решении по делу *Восточный Тимор. Португалия* в этом деле утверждала, среди прочего, что “[t]he rights which Australia allegedly breached were rights erga omnes and that accordingly Portugal could require it, individually, to respect them regardless of whether or not another State had conducted itself in a similarly unlawful manner.” На это Суд указал следующее: “[T]he Court considers that the erga omnes character of a norm and the rule of

65. С тем, что императивная норма, запрещающая пытки, превалирует над нормой об иммунитете иностранного государства, не согласилась в 2006 году высшая судебная инстанция Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии в деле *Jones* (в этом деле речь шла об иммунитете от иностранной юрисдикции как государства, так и его должностного лица)¹⁵³. В этом деле лорд Хоффман отметил, в частности: “The *jus cogens* is the prohibition on torture. ... To produce a conflict with state immunity, it is ... necessary to show that the prohibition on torture has generated an ancillary procedural rule which, by way of exception to state immunity, entitles or perhaps requires states to assume civil jurisdiction over other states in cases in which torture is alleged. Such a rule may be desirable and, since international law changes, may have developed. But, contrary to the assertion of the minority in *Al-Adsani*, it is not entailed by the prohibition of torture”¹⁵⁴.

66. Германия сочла направленное против нее решение по делу *Феррини*, как и несколько других идущих в этом русле решений итальянских судов, действиями Италии, нарушающими ее иммунитет и, соответственно, противоречащими международному праву, и обратилась в Международный Суд. В обращении в Суд Германия, среди прочего, указывает: “In the *Ferrini* case and in subsequent cases the Corte di Cassazione has openly acknowledged that it did not apply international law as currently in force, but that it wished to develop the law, basing itself on the rule ‘in formation’, a rule which does not exist as a norm of positive international law. Through its own formulations, it has thus admitted that by its restrictive interpretation of jurisdictional immunity, i.e. by expanding Italy’s jurisdiction, it is violating the rights which Germany derives from the basic principle of sovereign equality”¹⁵⁵. Верховный суд Онтарио в Канаде в решении по делу *Bouzari* в 2002 году указал, что “[a]n examination of the decisions of national courts and international tribunals, as well as state legislation with respect to sovereign immunity, indicates that there is no principle of customary international law which provides an exception from state immunity where an act of torture has been committed outside

consent to jurisdiction are two different things. Whatever the nature of the obligation invoked, the Court could not rule on the lawfulness of the conduct of a State when its judgment would imply an evaluation of the lawfulness of the conduct of another State which is not party to the case. Where this is so, the Court cannot act, even if the right in question is a right *erga omnes*.” *East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1995, para. 29. На это мнение Международного Суда в таком же контексте ссылается Б. Стерн. См. В. Stern, note 70 above, pp. 546–547. Также критикуя теорию «нормативной иерархии», хотя и в несколько ином ключе, Л.М. Каплан пишет: “Essentially, the norms of human rights and state immunity, while mutually reinforcing, govern distinct and exclusive aspects of the international legal order. On the one hand, human rights norms protect the individual’s “inalienable and legally enforceable rights ... against state interference and the abuse of power by governments”. On the other hand, state immunity norms enable state officials “to carry out their public functions effectively and ... to secure the orderly conduct of international relations. To demonstrate a clash of international law norms, the normative hierarchy theory must prove the existence of a *jus cogens* norm that prohibits the granting of immunity for violations of human rights by foreign states. However, the normative hierarchy theory provides no evidence of such a peremptory norm”. L.M. Caplan, *State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens: a Critique of the Normative Hierarchy Theory*”, *AJIL*, vol.97 (2003) 741, p. 772.

¹⁵³ *Jones v the Ministry of the Interior Al-Mamlaka Al-Arabia as Saudiya* (The Kingdom of Saudi Arabia), House of Lords Judgment 14.06.2006, [2006] UKHL 26.

¹⁵⁴ *Ibid*, Lord Hoffman, paras. 44–45.

¹⁵⁵ *Case concerning jurisdictional immunities* (Federal Republic of Germany v. Italian Republic), Application of Federal Republic of Germany, 2008, para. 13, available at www.icj-cij.org.

the forum, even for acts contrary to *jus cogens*. Indeed, the evidence of state practice, as reflected in these and other sources, leads to the conclusion that there is an ongoing rule of customary international law providing state immunity for acts of torture committed outside the forum state”¹⁵⁶. Вместе с тем в делах *Феррини и Бузари* судами осуществлялась гражданская юрисдикция. При этом в деле *Бузари* было проведено различие между ситуациями с иммунитетом от иностранной юрисдикции, когда речь идет о преступлении пытки, в зависимости от того, осуществляется ли гражданская или уголовная юрисдикция. Подтвердив иммунитет государства в первом случае, Апелляционный суд отметил, что индивид может быть привлечен к уголовной ответственности за пытки, совершенные за рубежом, без подчинения одного государства юрисдикции другого¹⁵⁷. Решение дает определенные основания полагать, что привлечение иностранного должностного лица в Канаде за пытки возможно в связи с обязательствами Канады по Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных и других унижающих достоинство видов обращения и наказания 1984 г., или, весьма, впрочем, гипотетически, в связи с тем, что пытки не могли бы рассматриваться как функция государства, но, в любом случае, не в связи с существованием обычной императивной международно-правовой нормы, превалирующей над диспозитивной нормой об иммунитете¹⁵⁸. Возникает вопрос, можно ли в принципе вести речь о том, что последствия запрещения тяжких международных преступлений нормами *jus cogens* для иммунитета могут быть различны в зависимости от того, какой вид юрисдикции осуществляется — гражданская или уголовная. Представляется, что ни практика, ни логика не свидетельствуют в пользу того, что такие последствия различны¹⁵⁹.

67. И еще один вопрос, возникающий в связи с рассматриваемым обоснованием исключения из иммунитета. Если нормы, криминализирующие и запрещающие определенные деяния, будучи нормами *jus cogens*, превалируют над иммунитетом государства и/или должностного лица, то почему только над иммунитетом *ratione materiae*? Иммунитет *ratione personae* тоже носит диспозитивный характер¹⁶⁰. Логично было бы предположить, что он также становится

¹⁵⁶ *Bouzari v. Iran* [2002] O.J.No. 1624, Ontario Superior Court of Justice, Judgment, para. 63 (available at www.haguejusticeportal.net). Это решение было подтверждено Апелляционным судом Онтарио в 2004 г. *Bouzari v. Iran* [2004], Court of Appeal of Ontario, Judgment, para. 95 (available at: <http://www.canlii.org>). Предметом данного дела стал гражданский иск о возмещении Ираном ущерба, причиненного в результате пыток, совершенных на территории Ирана в отношении его гражданина.

¹⁵⁷ *Bouzari v. Iran* [2004], Court of Appeal of Ontario, Judgment, paras. 91, 93.

¹⁵⁸ См., в частности, пункты 69–81, 89–91 решения Апелляционного суда, *ibid*.

¹⁵⁹ Природа обоих видов юрисдикции одинакова — осуществление властных прерогатив государством. Если императивная норма превалирует над иммунитетом, то не имеет значения от какой юрисдикции — гражданской или уголовной — иммунитет. И наоборот. Тем более, что иногда оба вида осуществляемой юрисдикции очень близки — например, когда гражданский иск предъявляется и рассматривается в рамках уголовного дела.

¹⁶⁰ Можно встретить и утверждение о том, что иммунитет действующего главы государства, т.е. личный иммунитет, носит императивный характер (см., например, мнение лорда Хоупа, упоминаемое в следующей ссылке), но с ним трудно согласиться. Государства, как представляется, безусловно, могут заключить международный договор, согласно которому их действующие главы не будут пользоваться иммунитетом от уголовной юрисдикции любого из участников данного договора. Думается, нет оснований полагать, что такой договор будет недействительным. См. статью 8 (1) резолюции Института 2001 года, сноска 40 выше (“States may, by agreement, derogate to the extent they see fit, from the inviolability, immunity from jurisdiction and immunity from measures of execution accorded to their own Heads of State”).

недействительным в результате действия конфликтующей с ним императивной нормы. Однако даже сторонники того, что иммунитет *ratione materiae* исчезает, когда речь идет о тяжких международных преступлениях, как правило, «так далеко» идти все же не хотят и не оспаривают действительности персонального иммунитета действующих наиболее высокопоставленных должностных лиц¹⁶¹.

68. Еще одно обоснование исключения из иммунитета *ratione materiae* состоит в тезисе о том, что сформировалась обычная норма международного права, согласно которой этот иммунитет не действует, если должностное лицо совершило тяжкое преступление по международному праву¹⁶². Доказывают существование такой нормы ссылками на положения учредительных документов международных уголовных трибуналов, начиная с Нюрнбергского и Токийского, и их решения¹⁶³, международные договоры, криминализирующие такие деяния,

¹⁶¹ Интересен в этой связи следующий пассаж из статьи В. Stern: “Une autre interrogation concerne le statut du chef d’Etat en exercice, dont l’immunité absolue en matière pénale a été réaffirmée. Si la solution adoptée pour l’ancien chef d’Etat est fondée sur la nature de jus cogens de l’interdiction d’un crime qui prévaut sur toute règle accordant l’impunité pour un tel crime, il est difficile de comprendre pourquoi elle ne s’appliquerait pas également aux chefs d’Etat en exercice, a moins que leur immunité absolue soit également considérée comme une règle de jus cogens, ce qui est loin d’être évident. C’est pourtant la position adoptée par Lord Hope dans la deuxième décision [речь идет о деле Пиночета — Р.К.], puisqu’il a invoqué ‘the *jus cogens* character of the immunity enjoyed by serving heads of states’ précisément pour dire qu’il n’est pas évident que l’immunité ayant cette place dans la hiérarchie des normes doive être facilement enlevée aux chefs d’Etats en fonction.

Mais le raisonnement inverse est aussi possible et déjà certains considèrent que puisque l’immunité a été levée pour certains actes commis par d’anciens chefs d’Etat, on ne voit pas pourquoi elle ne le serait pas également pour les chefs d’Etat en exercice. Bien sur, le recul de l’impunité doit être encouragé, mais pas a n’importe quel prix. Personnellement, je pense que la prochaine étape, demandée par certaines ONG, autorisant la poursuite de chefs d’Etat en exercice devant n’importe quelle juridiction nationale exerçant une compétence universelle ne devrait pas être franchie. L’exemple d’une cour de Belgrade condamnant, le 21 septembre 2000, 14 leaders occidentaux parmi lesquels Bill Clinton, Tony Blair et Jacques Chirac, a 20 ans d’emprisonnement pour les actions de l’OTAN en Yougoslavie, montre certains des possible effets contre productive qu’il y aurait a ouvrir trop largement cette voie.” В. Stern, note 70 above, pp. 525–526.

¹⁶² See memorandum by the Secretariat, paras. 197–204. Собственно, Кассационный Суд Италии в упомянутых решениях тоже говорит об обычной норме, устанавливающей изъятие из иммунитета *ratione materiae*, но в более узком смысле — там речь идет о формирующейся, по мнению суда, обычной норме международного права, согласно которой запрещающие международные преступления императивные нормы превалируют над иммунитетом *ratione materiae*.

¹⁶³ Из относительно современных решений международных трибуналов, цитируемых в этой связи, следует выделить решение МТБЮ по делу Blaskic, в котором, в частности, говорится, что исключения из обычной нормы международного права о функциональном иммунитете должностных лиц государства “arise from the norms of international criminal law prohibiting war crimes, crimes against humanity and genocide. Under these norms, those responsible for such crimes cannot invoke immunity from national or international jurisdiction even if they perpetrated such crimes while acting in their official capacity.” Prosecutor v. Blaskic, case No.IT-95-14, Appeals Chamber Judgment on the Request of The Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber of 18 July 1997 (Issuance of Subpoenae Duces Tecum), 29 October 1997, para. 41 (available at <http://www.icty.org/case/blaskic/4>). В этом решении не говорится о том, что сформировалась обычная норма международного права, устанавливающая исключение из иммунитета *ratione materiae*, и вообще не приводится никаких объяснений тому, почему исключения существуют. Если попытаться

как, например, геноцид и апартеид. Эти аргументы достаточно подробно изложены в меморандуме Секретариата¹⁶⁴. Приводились они и Бельгией в Международном Суде в деле *Об ордере на арест*¹⁶⁵. Как известно, Международный Суд не согласился с этими аргументами ни применительно к иммунитету *ratione personae* действующего министра иностранных дел (и других должностных лиц, пользующихся таким иммунитетом)¹⁶⁶, ни применительно к иммунитету *ratione materiae* бывших должностных лиц, признав его существование¹⁶⁷. Тем не менее тезис о существовании упомянутой обычной нормы по-прежнему выдвигается. Одним из основных аргументов в его пользу, помимо перечисленных, является ссылка на целый ряд решений национальных судов, которые, по мнению сторонников этой точки зрения, свидетельствуют о том, что иммунитет не является препятствием для осуществления уголовной юрисдикции в отношении иностранных должностных лиц. В качестве одного из новейших изложений этой позиции приведем представления в Европейский суд по правам человека трех неправительственных организаций — Redress Trust, Amnesty International, the International Centre for the Legal Protection of Human Rights — в делах *Jones v. United Kingdom u Mitchell and others v. United Kingdom*¹⁶⁸. В этих представлениях содержатся ссылки на ряд национальных судебных решений в поддержку указанной точки зрения. В частности, речь идет о национальном уголовном преследовании иностранных должностных лиц, совершивших преступления в ходе Второй мировой войны, деле *Пиночета*, делах против иностранных должностных лиц во Франции, Италии, Нидерландах, Испании, Швеции, Сенегале, Соединенных Штатах Америки¹⁶⁹. Для того, чтобы оценить, насколько эти решения могут рассматриваться как доказывающие существование упомянутой нормы обычного международного права, следует несколько подробнее остановиться на них, а также на реакции заинтересованных государств, последовавшей вслед за некоторыми из этих решений.

предположить, к какому обоснованию ближе всего это мнение Трибунала, то, пожалуй, это рассмотренное выше обоснование, согласно которому нормы, запрещающие упомянутые в решении преступления, носят характер *jus cogens*. Иначе понять из этого решения, почему они преобладают над иммунитетом, трудно.

¹⁶⁴ See memorandum by the Secretariat, paras. 197–204.

¹⁶⁵ См. *Arrest Warrant*, Counter-Memorial of Belgium, paras. 3.5.13 et seq. Стоит заметить, что в пункте 3.5.84 контрмеморандума бельгийская сторона, отвечая на возможные возражения, по сути уравнивает последствия применения доказываемой ею нормы об исключениях для иммунитета *ratione materiae* и иммунитета *ratione personae*, занимая в этом смысле радикальную позицию (“... other judges ... in the Judgment of 24 March 1999 [в деле *Пиночет III* — Р.К.], while considering that Pinochet did not benefit from immunity *ratione materiae*, nevertheless reserved the case of immunity *ratione personae*, that being the immunity of a Head of State in power. In Belgium, this reservation is not founded, given the international rules recalled above, on the exclusion of immunity for crimes of international humanitarian law, rules which make no distinction at all between immunity *ratione materiae* and immunity *ratione personae*”).

¹⁶⁶ *Arrest Warrant*, Judgment, para. 58.

¹⁶⁷ *Ibid.*, para. 61. Международный Суд, естественно, знал и об упомянутом выше (см. сноску 163) решении МТБЮ по делу *Бласкича*.

¹⁶⁸ *Jones v. United Kingdom* (Application Number 34356/06), *Mitchell and Others v. United Kingdom* (Application Number 40528/06), Written comments by Redress, Amnesty International, Interights and Justice, submitted to the Court on 14 and 25 Jan. 2010, available at <http://www.interights.org/jones>, ссылки 40 и 41).

¹⁶⁹ *Ibid.*, paras. 18–21.

69. «Тысячи бывших должностных лиц государств Оси, осужденных за преступления в ходе Второй мировой войны», о которых говорится в представлениях¹⁷⁰, понесли наказание на основании «права Нюрнберга» (статья 7 Устава Нюрнбергского трибунала, как известно, указывала, что “the official position of defendants, whether as Heads of State or responsible officials in Government Departments, shall not be considered as freeing them from responsibility or mitigating punishment”¹⁷¹. Устав Токийского трибунала и Закон Контрольного Совета № 10 содержали аналогичные положения¹⁷²) и принятого в его развитие национального права. Известные специальному докладчику материалы уголовных процессов над должностными лицами, совершившими военные преступления и преступления против человечности в ходе Второй мировой войны, не свидетельствуют о том, что государства, на службе которых эти лица находились, отстаивали их иммунитет как бывших должностных лиц от иностранной уголовной юрисдикции¹⁷³. Это можно рассматривать как свидетельство общего согласия государств, осуществляющих юрисдикцию, и государств, на службе которых эти лица находились, относительно того, что в отношении указанных преступлений, совершенных должностными лицами стран Оси, иммунитет неприменим. Однако, как представляется, это еще не подтверждает наличия общей обычной нормы международного права относительно отсутствия иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции в отношении таких преступлений, совершенных другими должностными лицами после Второй мировой войны¹⁷⁴:

а) в деле *Бен Сауда* (бывшего консульского работника Туниса) во Франции 2008 года нет свидетельств того, что его иммунитет *ratione materiae* (как комиссара полиции, в этом качестве он совершил предполагаемое преступное деяние — попытку) рассматривался. Решение было принято *in absentia* и к практическим последствиям не привело¹⁷⁵;

б) дела в Италии 2000–2001 годов против семерых бывших военнослужащих Аргентины, включая генерала Г. Суареза, обвиняемых в убийствах и похищениях итальянских граждан, касались периода «Грязной войны». Аргентина не требовала от Италии не осуществлять уголовную юрисдикцию в отно-

¹⁷⁰ Ibid., сноска 37.

¹⁷¹ Charter of the International Military Tribunal, 8 August 1945 (available at: <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp>).

¹⁷² Control Council Law No.10, 20 December 1945 (available at: <http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp>). Устав Международного военного трибунала по Дальнему Востоку (available at: http://www.unifi.it/off_form/allegati/uploaded_files/2009/200011/B009965/Tokyo%20Statute.pdf).

¹⁷³ Вопрос об иммунитете ставился защитой в деле Эйхмана. Однако шла речь об иммунитете не должностного лица, а иммунитете, вытекающем из пребывания А. Эйхмана в Аргентине как беглеца (“fugitive”), в отношении деяний, не подпадающих под формальный акт экстрадиции (“immunity for a fugitive offender” с учетом “specialty principle”). См. <http://www.nizkor.org/ftp.cgi/people/e/eichmann.adolf/transcripts/Judgment>

¹⁷⁴ Р. ван Алебеек пишет: “The legislation enacted by some states after the Second World War was limited to crimes committed in that war and did not provide courts with a general competence to deal with crimes against international law committed abroad. Only in a handful cases did national courts actually exercise universal jurisdiction, and these trials — like the Israeli Eichmann case, the French Barbie case, the Canadian Finta case and the Australian Polyukhovich case — all concerned Nazi crimes.” R. van Alebeek, note 51 above, p. 279.

¹⁷⁵ См. Khaled Ben Said, at Trial Watch (http://www.trial-ch.org/en/trial-watch/profile/db/legal-procedures/khaled_ben-said_449.html).

шении этих лиц со ссылкой на иммунитет¹⁷⁶. Известно, что замешанных в «Грязной войне» военнослужащих Аргентина намерена судить и под своей юрисдикцией, для чего были отменены соответствующие законы об амнистии, в делах этих лиц вопрос теперь стоит скорее о преимущественной юрисдикции, чем об иммунитете¹⁷⁷;

с) в деле бывшего руководителя разведки и бывшего заместителя министра безопасности Афганистана (дело директора военной службы разведки KhAD-e-Nezami) в Нидерландах 2008 года¹⁷⁸ действительно затрагивался вопрос об иммунитете (в обвинении речь шла о военных преступлениях)¹⁷⁹. Однако следует учитывать, что обвиняемые совершили деяния еще в ходе вооруженных действий в Афганистане в 1980-х годах, а нынешнее Правительство Афганистана их иммунитет не отстаивало. Дело *Скиллинго* в Испании (*Conviction of former Argentine naval officer Adolfo Scilingo*) уже затрагивалось в настоящем докладе¹⁸⁰. Здесь можно говорить о наличии отказа от иммунитета со стороны Аргентины¹⁸¹.

70. В отношении ордеров на арест, упоминаемых в этом контексте в представлении в Европейский суд по правам человека трех неправительственных организаций¹⁸², можно отметить следующее:

а) французский и испанский ордера в отношении группы высокопоставленных должностных лиц Руанды, вызвали протесты Руанды и Африканского союза. В частности, в решении 11-го саммита Африканского союза заявлено о том, что эти шаги нарушают суверенитет и территориальную неприкосновенность Руанды и являются злоупотреблением универсальной юрисдикции

¹⁷⁶ См. “Disappeared, but not forgotten”, Guardian.co.uk, 15 June 2006

(<http://www.guardian.co.uk/world/2006/jun/15/worlddispatch.argentina>).

¹⁷⁷ См., например, «Argentina holds 'Dirty War' trial», BBC News, 21 June 2006

(<http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/5099028.stm>).

¹⁷⁸ LJN: BG1476, Hoge Raad, 07/10063 (E), кассационное решение с переводом на английский язык — <http://zoeken.rechtspraak.nl/resultpage.aspx?snelzoeken=true&searchtype=ljn&ljn=bg1476>).

¹⁷⁹ В жалобе защиты указывалось, среди прочего, что суд “failed to hold (ex proprio motu) that the prosecution ... is inadmissible for want of jurisdiction as the defendant enjoyed immunity as a person in authority at that time in Afghanistan [para. 7.1]”. Верховный Суд Нидерландов указал на это: “The ground of appeal is unsuccessful if only in that the defendant is not entitled to immunity from jurisdiction as referred to above at 6.6 [in 6.6 it is said, inter alia: “Although article 8 of the Criminal Code [of the Netherlands] does indeed provide that the applicability of the Dutch provisions on jurisdiction is limited by the exceptions recognized in international law this does not amount [...] to more than a statutory recognition of immunity from jurisdiction derived from international law.”] either in his former capacity of Head of Afghanistan’s state intelligence service or in his capacity of deputy minister of state security. [para. 7.2]” Ibid.

¹⁸⁰ См. пункт 16 выше.

¹⁸¹ “The Spanish courts have jurisdiction to try former Argentine Navy captain Adolfo Scilingo, on trial in Spain for genocide and torture, Argentina’s Human Rights Secretary Eduardo Duhalde said in an interview with IPS”, см. Argentina Recognizes Spain’s Jurisdiction to Try Rights Abuser, IPS Inter Press Service, 18 April 2005, (<http://ipsnews.net>).

¹⁸² *Jones v. United Kingdom* (Application Number 34356/06), *Mitchell and Others v. United Kingdom* (Application Number 40528/06), Written comments by Redress, Amnesty International, Interights and Justice, submitted to the Court on 14 and 25 Jan. 2010, available at <http://www.interights.org/jones>, ссылка 41)

ей¹⁸³. Руанда разорвала в ноябре 2006 года в связи с инцидентом дипломатические отношения с Францией, восстановленные только в ноябре 2009 года¹⁸⁴, и угрожала в ответ привлечь к суду французских граждан¹⁸⁵. Пока эти шаги привели только к напряженности в межгосударственных отношениях¹⁸⁶, которую стороны пытаются загладить (о чем свидетельствуют заявления Президента Франции Н.Саркози во время официального визита в Руанду в феврале 2010 года¹⁸⁷). Упомянутое в представлении неправительственных организаций¹⁸⁸ дело шефа протокола Президента Руанды Розы Кабуе во Франции прекращено¹⁸⁹;

б) исполнение ордеров, выданных в Испании в отношении бывших должностных лиц Аргентины, Гватемалы и других стран, обвиняемых в тяжких преступлениях по международному праву¹⁹⁰, сталкивается со сложной ситуацией конфликтующих юрисдикций, а не с вопросом об иммунитете;

с) шведский ордер касается аргентинца А. Астиза, бывшего капитана аргентинской военной разведки, обвиняемого в преступлениях, совершенных в период «Грязной войны», который на пожизненный срок осужден во Франции¹⁹¹. Аргентина отказалась его выдать как Франции¹⁹², так и Швеции¹⁹³. Аргентина намеревается его судить самостоятельно, и вопрос об иммунитете при этом не рассматривается. В целом в делах по преступлениям периода «Грязной

¹⁸³ “The political nature and abuse of the principle of universal jurisdiction by judges from some non-African States against African leaders, particularly Rwanda, is a clear violation of the sovereignty and territorial integrity of these States”, Decision on the Report of the Commission on the Abuse of the Principle of Universal Jurisdiction Doc. Assembly/AU/14 (XI), para.5(III) (Assembly/AU/ Dec.199(XI), available at: <http://www.africa-union.org/root/au/Conferences/2008/june/summit/summit.htm#>). Можно предположить, что эта ситуация стала одной из причин дискуссии между Африканским и Европейским союзами относительно универсальной юрисдикции.

См. также “African Presidents Condemn Western Indictments”, Radio Nederland Wereldomroep 02.07.2008 (<http://static.rnw.nl/migratie/www.rnw.nl/internationaljustice/specials/Universal/080702-rwanda-redirected>).

¹⁸⁴ См. “On Visit to Rwanda, Sarkozy Admits ‘Grave Errors’ in 1994 Genocide”, The New York Times, 25.02.2010 (<http://www.nytimes.com/2010/02/26/world/europe/26france.html>).

¹⁸⁵ “Rwandan president Kagame threatens French nationals with arrest”, guardian.co.uk, 12.11.2008 (<http://www.guardian.co.uk/world/2008/nov/12/rwanda-france>).

¹⁸⁶ См. <http://www.nytimes.com/2010/02/26/world/europe/26france.html>;
<http://hungryoftruth.blogspot.com/2009/10/smear-against-rwanda-unfounded-spanish.html>,
http://www.expatica.com/be/news/community_focus/Rwanda-and-Spain-discuss-genocide-warrants_57334.html.

¹⁸⁷ <http://www.nytimes.com/2010/02/26/world/europe/26france.html>.

¹⁸⁸ *Jones v. United Kingdom* (Application Number 34356/06), *Mitchell and Others v. United Kingdom* (Application Number 40528/06), Written comments by Redress, Amnesty International, Interights and Justice, submitted to the Court on 14 and 25 Jan. 2010, available at <http://www.interights.org/jones>, ссылка 47).

¹⁸⁹ См. сноску 19 выше.

¹⁹⁰ “Spanish courts have issued Arrest Warrants for current and former officials from Argentina, Chile, Guatemala, Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instruccion Uno, D. Previas 331/1999 (2008)”, note 41.

¹⁹¹ См. Alfredo Astiz, Wikipedia (http://en.wikipedia.org/wiki/Alfredo_Astiz).

¹⁹² См. “Argentina rejects French Astiz bid”, BBC News, 21.09.2003 (<http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/3126260.stm>).

¹⁹³ См. “Astiz Freed: Extradition bid fails”, MercoPress, 29.01.2002 (<http://en.mercopress.com/2002/01/29/astiz-freed-extradition-bid-fails>).

войны», при попытках рассматривать их в разных государствах, как представляется, первичен вопрос о преимущественной юрисдикции¹⁹⁴;

d) упомянутое в представлениях неправительственных организаций дело *Алвареса (Sosa v. Alvarez-Machain)* в Соединенных Штатах Америки не касалось иммунитета должностных лиц иностранного государства, в деле *Х. Хабре в Сенегале*, как указывалась выше (п.16), был отказ от иммунитета.

71. Конечно, приведенные результаты анализа ряда уголовных дел, на которые ссылаются три неправительственных организации в своих представлениях в Европейский союз по правам человека, отнюдь не являются исчерпывающими. Однако (и, тем более, в сочетании с решениями национальных судов и правоохранительных органов, в которых иммунитет был прямо подтвержден, а также реакцией заинтересованных государств) они дают основания для существенных сомнений в том, что эти дела подтверждают существование нормы обычного международного права, устанавливающей исключение из иммунитета *ratione materiae*. Скорее они являются подтверждением попыток осуществлять универсальную или экстерриториальную национальную уголовную юрисдикцию в отношении некоторых преступлений по международному праву и того, что эти попытки далеко не всегда плодотворны.

72. Тем не менее, высказывается и мнение о том, что иммунитет *ratione materiae* должностного лица не действует в тех случаях, когда речь идет о преступлении, в отношении которого осуществляется иностранным государством универсальная или похожая на нее экстерриториальная национальная уголовная юрисдикция¹⁹⁵. Общепризнанного определения универсальной юрисдикции не существует. Для целей настоящего доклада не видится необходимым исследовать и определять, что такое универсальная национальная уголовная юрисдикция и отличается ли она и, если отличается, то как, от экстерриториальной национальной юрисдикции. Достаточно, как представляется, исходить из одного из имеющихся в доктрине или документах неправительственных организаций определений. Например, Институт в резолюции 2005 года дает такое определение: “Universal jurisdiction in criminal matters, as an additional ground of jurisdiction, means the competence of a State to prosecute alleged offenders and to punish them if convicted, irrespective of the place of commission of the crime and regardless of any link of active or passive nationality, or other grounds of jurisdiction recognized by international law”¹⁹⁶. При этом в резолюции отмечается, что универ-

¹⁹⁴ Примечательно, например, дело офицера вооруженных сил Аргентины Рикардо Кавальо, рассматривавшееся в Испании (обвинялся в геноциде и терроризме). 31 марта 2008 года он был выдан Аргентине, см. www.trial-ch.org/en/trial-watch/profile/db/legal-procedures/ricardo-miguel_cavallo_48.html.

¹⁹⁵ See memorandum by the Secretariat, paras. 205–207.

¹⁹⁶ Institute of International Law, Krakow session — 2005, Seventeenth Commission, Universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes, resolution, para. 1, available from www.idi — iil.org. Эксперты Африканского и Европейского союзов дали в 2009 г. такое определение: “Universal criminal jurisdiction is assertion by one state of its jurisdiction over crimes allegedly committed in the territory of another state by nationals of another state against nationals of another state where the crime alleged poses no direct threat to the vital interests of the state asserting jurisdiction. In other words, universal jurisdiction amounts to the claim by a state to prosecute crimes in circumstances where none of the traditional links of territoriality, nationality, passive personality or the protective principle exists at the time of the commission of the alleged offence”. African Union-European Union expert report, note 14 above, para. 8.

сальная уголовная юрисдикция основывается главным образом на обычном международном праве и осуществляется в отношении международных преступлений, определенных в международном праве, таких как геноцид, преступления против человечности, серьезные нарушения международного гуманитарного права, если не достигнуто согласие об ином¹⁹⁷. Таким образом, речь идет о тех же преступлениях, в отношении которых приводятся и другие обоснования исключений из иммунитета *ratione materiae*.

73. Утверждается, в частности, что универсальная или экстерриториальная юрисдикция в отношении наиболее тяжких международных преступлений и иммунитет должностных лиц от иностранной уголовной юрисдикции несовместимы. Об этом говорили в деле *Pinochet III* лорды Филипс, Браун-Уилкинсон и Хоуп (там речь шла о юрисдикции на основании Конвенции о запрещении пыток 1984 г.)¹⁹⁸. Такая точка зрения присутствует в доктрине¹⁹⁹. Она отражена и в Заключительном докладе об осуществлении универсальной юрисдикции в отношении массовых нарушений прав человека Ассоциации международного права 2000 г. В нем, в частности, отмечалось, что “it would appear that the notion of immunity from criminal liability for crimes under international law perpetrated in an official capacity, whether by existing or former office holders, is fundamentally incompatible with the proposition that gross human rights offences are subject to universal jurisdiction”²⁰⁰. (Заметим в отношении приведенного положения доклада Ассоциации, что об иммунитете от уголовной *ответственности* речь и не идет, его попросту нет. Иммунитет, как уже отмечалось, это лишь процессуальное препятствие для определенных уголовно-процессуальных мер).

74. На первый взгляд, возможность осуществлять универсальную юрисдикцию в отношении тяжких международных преступлений закреплена в законодательстве многих государств. В то же время при ближайшем рассмотрении зачастую выясняется, что это не вполне универсальная юрисдикция, поскольку для осуществления юрисдикции требуется та или иная связь с государством, осуществляющим юрисдикцию²⁰¹. Принятие такого законодательства осущест-

¹⁹⁷ См. резолюцию Института 2005, п.2, 3(а), сноска 196 выше. О распространении универсальной уголовной юрисдикции на эти же преступления, а также пиратство говорится в упомянутом докладе экспертов Африканского и Европейского союзов. The African Union-European Union Expert report, para. 9. Как отмечает Ф. Джессбергер, “the range of crimes that may be prosecuted under the universality principle may, at least theoretically, well extend beyond these core crimes under international law”. F. Jessberger, Universal jurisdiction, in: The Oxford Companion to International Criminal Justice, Editor-in-chief A. Cassese, 2009, p. 556. Здесь же, стр. 558, см. неисчерпывающий список литературы по универсальной юрисдикции.

¹⁹⁸ See memorandum by the Secretariat, para.205, note 590.

¹⁹⁹ Там же, сноска 593.

²⁰⁰ Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offence, International Law Association, Committee on International Human Rights Law and Practice, London Session (2000), p. 14 (available at: <http://www.ila-hq.org>).

²⁰¹ Например, о предусматривающем универсальную уголовную юрисдикцию законодательстве государств — членов Африканского Союза и государств — членов Европейского Союза и его ограничениях см. African Union-European Union expert report, paras. 16–18 and 22–25. Как отмечает К. Амбос, со ссылкой на исследование Института Макса Планка по Иностранному и Международному Уголовному Праву (see Nationale Strafverfolgung Völkerrechtlicher Verbrechen (Albin Eser et al. Eds., 2003–2006), “extraterritorial jurisdiction on the basis of universal jurisdiction is ‘practically always limited

вляется, в частности, в целях имплементации Статута Международного уголовного суда и/или в целях обеспечения применения принципа взаимодополняемости. При этом есть случаи, правда очень немногочисленные, когда такое законодательство прямо отвергает иммунитет иностранных должностных лиц²⁰². (Возникает вопрос, насколько это отвергающее иммунитет законодательство соответствует международному праву²⁰³.) Хотя не во всех этих случаях это отвергающее иммунитет законодательство выдержало проверку практикой. В Бельгии, например, оно было изменено, в частности, с тем, чтобы учесть существование иммунитета иностранных должностных лиц в соответствии с международным правом. Не только по бельгийскому, но и по праву ряда других государств иммунитет, которым должностные лица обладают по международному праву, является препятствием для осуществления универсальной уголовной юрисдикции²⁰⁴.

75. Выше рассматривались некоторые национальные уголовные дела, являющиеся результатом осуществления универсальной или экстерриториальной уголовной юрисдикции, которые приводятся в подтверждение тезиса о существ-

by one way or other'. Either it depends on an international (treaty-based) duty to prosecute (in Austria, Belarus, China, Croatia, England and Wales, Estland, Poland, Greece, Russia) or on the presence of the suspect in the forum State (Canada, Croatia, Serbia [, Montenegro], Spain, the Netherlands, Switzerland, the U.S.). Only in exceptional cases does universal jurisdiction apply to all international core crimes (Australia, Germany, Slovenia) or for some of them (Finland, Italy, Israel, Sweden).” K.Ambos, *Prosecuting Guantanamo in Europe : Can and Shall the Masterminds of the “Torture Memos” Be held Criminally Responsible on the Basis of Universal Jurisdiction?* 42 *Case W. Res. J.Int’l L.*, 2009, pp. 445–446, note 230.

²⁰² В Докладе экспертов Африканского и Европейского союзов (сноска 14 выше) в пункте 17 упоминается о, по крайней мере, трех таких государствах в Африке — Демократической Республике Конго, Нигере и ЮАР. О случаях применения этого законодательства и реакции на это заинтересованных государств информации у специального докладчика нет.

В бельгийском Act Concerning the Punishment of Grave Breaches of International Humanitarian Law 1999 г. была статья 5(3): “L’immunité attaché e la qualité officielle d’une personne n’empêche pas l’application de la présente loi”. Однако в 2003 году, после решения Международного Суда по делу Об ордере на арест упомянутый закон был изменен. Новая статья 5(3) выглядела так: “L’immunité internationale attaché a la qualité officielle d’une personne n’empêche l’application de la présente loi que dans les limites établies par le droit international”. (см. Pierre d’Argent, *Les nouvelles règles en matière d’immunités selon la loi du 5 aout 2003*, <http://www.law.kuleuven.be/jura/art/40nl/dargent.html>). В том же году был отменен и этот закон, а его положения включены в Уголовный и Уголовно-процессуальный кодексы Бельгии. Статья 1bis последнего содержала следующее положение об иммунитете: “Conformément au droit international, les poursuites sont exclues a l’égard: — des chefs d’Etat, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères étrangers, pendant la période ou ils exercent leur fonctions, ainsi que des autres personnes dont l’immunité est reconnue par le droit international: — des personnes qui disposent d’une immunité, totale ou partielle, fondée sur un traite qui lie la Belgique.” (Available at: <http://www.ejustice.just.fgov.be>).

²⁰³ См. предыдущую сноску.

²⁰⁴ AU-EU expert report, paras. 18 and 25. Европейский ордер на арест 2002 года, в сферу действия которого попадают *inter alia* преступления, на которые распространяется юрисдикция МУС, также содержит статью о привилегиях и иммунитетах и отказе от них. Council framework decision of 13 June 2002 on the European Arrest Warrant and the surrender procedures between Member States (2002.584/JHA), article 20, available at <http://www.eur-lex.europa.eu>. Законодательством Российской Федерации также прямо предусмотрен иммунитет должностных лиц иностранных государств от уголовно-процессуальных действий (статья 3(2) Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации. См. пункт 38 предварительного доклада).

вовании обычной нормы международного права, предусматривающей исключения из иммунитета. В докладе специальной технической группы экспертов Африканского и Европейского союзов о принципе универсальной юрисдикции упомянут еще целый ряд дел, в которых универсальная уголовная юрисдикция осуществлялась в отношении иностранных должностных лиц²⁰⁵. В одних из них фигурировали лица, пользовавшиеся персональным иммунитетом, в других — лица, пользовавшиеся функциональным иммунитетом (в том числе главы государств и правительств, министры иностранных дел, обороны и др., бывшие должностные лица). В докладе отмечается: “There have been differing outcomes in these proceedings. Some prosecutions have led to convictions. The majority of cases have been discontinued on various grounds, including the recognition of immunities accorded by international law”²⁰⁶.

76. Нетрудно заметить, что в абсолютном большинстве случаев попытки осуществлять универсальную уголовную юрисдикцию предпринимаются в развитых странах в отношении действующих или бывших должностных лиц развивающихся государств. Это воспринимается последними не как осуществление правосудия, а как политический инструмент для решения различных вопросов, проявление политики двойных стандартов, и ведет не столько к результатам, искомому правосудию, сколько к осложнениям в межгосударственных отношениях²⁰⁷. Именно это и привело к диалогу между Африканским и Европейским союзами по вопросу об универсальной юрисдикции, итогом которого стал цитируемый в настоящем разделе доклад. В одной из рекомендаций этого доклада указывается: “Those national criminal justice authorities considering exercising universal jurisdiction over persons suspected of serious crimes of international concern are legally bound to take into account all the immunities to which foreign state officials may be entitled under international law and are consequently obliged to refrain from prosecuting those officials entitled to such immunities”²⁰⁸. Данная рекомендация обходит вопрос о том, сохраняется ли иммунитет должностного лица *ratione materiae* при осуществлении в отношении него иностранной уголовной юрисдикции. Однако как содержание доклада, обобщающего практику и озабоченности многих африканских и европейских государств, так и эта рекомендация не свидетельствуют в пользу того, что универсальная уголовная юрисдикция исключает такой иммунитет.

77. Если исходить из несовместимости иммунитета с универсальной юрисдикцией, то не вполне ясно, почему речь не идет не только о функциональном, но и о персональном иммунитете. Рассматривая соотношение универсальной юрисдикции с иммунитетом в целом или только с иммунитетом *ratione materiae*, следует напомнить и об уже приводившейся в представленном на шестидесятой сессии Комиссии Предварительном докладе, но важной в данном контексте позиции Международного Суда в этой связи: “It should further be noted that the rules governing the jurisdiction of national courts must be carefully distinguished from those governing jurisdictional immunities: jurisdiction does not imply absence of immunity while absence of immunity does not imply jurisdiction. Thus,

²⁰⁵ African Union-European Union expert report, note 14 above, paras. 24 and 26.

²⁰⁶ *Ibid.*, para. 26.

²⁰⁷ См., например, раздел “African concerns” в Докладе экспертов Африканского и Европейского союзов, para. 33–38, а также сноски 14 и 196 выше; K. Ambos, note 201 above, pp. 444–445.

²⁰⁸ African Union-European Union expert report, para. 46, R.8.

although various international conventions on the prevention and punishment of certain serious crimes impose on States obligations of prosecution or extradition, thereby requiring them to extend the criminal jurisdiction, such extension of jurisdiction in no way affects immunities under customary international law, including those of Ministers for Foreign Affairs. These remain opposable before the courts of foreign State, even where those courts exercise such a jurisdiction under these conventions”²⁰⁹.

78. С учетом изложенного представляется, что достаточные аргументы для того, чтобы считать убедительным рассматриваемое обоснование исключения из иммунитета, отсутствуют. По крайней мере, Институт международного права в резолюции об универсальной уголовной юрисдикции в отношении преступления геноцида, преступлений против человечности и военных преступлений, принятой в 2005 году (т.е. через четыре года после принятия им Резолюции об иммунитете от юрисдикции и исполнения глав государств и правительств в международном праве, в которой он отказал бывшим главам государств и правительствам в иммунитете *ratione materiae* от иностранной юрисдикции в случае совершения ими тяжких преступлений по международному праву²¹⁰), ограничился следующим указанием в последнем ее пункте: “The above provisions are without prejudice to the immunities established by international law”²¹¹.

79. Рассмотренное обоснование исключения из иммунитета ссылкой на универсальную юрисдикцию аналогично другому, правда менее распространенному, обоснованию, согласно которому иммунитет не действует, если в отношении преступления, предположительно совершенного иностранным должностным лицом, действует *aut dedere aut judicare*. В Меморандуме Секретариата отмечается, что такой позиции придерживался Лорд Савилл в деле *Пиночет III*²¹². В Предварительном докладе об обязательстве выдавать или осуществлять судебное преследование (*aut dedere aut judicare*), представленном специальным докладчиком З.Галицким в Комиссии международного права в

²⁰⁹ *Arrest Warrant*, Judgment, para. 59.

²¹⁰ Resolution of the Institute — 2001, note 40 above, articles 13 and 16.

“Article 13

1. A former Head of State enjoys no inviolability in the territory of a foreign State.
2. Nor does he or she enjoy immunity from jurisdiction, in criminal, civil or administrative proceedings, except in respect of acts which are performed in the exercise of official functions and relate to the exercise thereof. Nevertheless, he or she may be prosecuted and tried when the acts alleged constitute a crime under international law, or when they are performed exclusively to satisfy a personal interest, or when they constitute a misappropriation of the State’s assets and resources.
3. Neither does he or she enjoy immunity from execution.”

В соответствии со статьей 16 статья 13 применяется к бывшим главам правительства.

²¹¹ Institute of International Law, Krakow Session, note 196 above, para. 6.

²¹² See memorandum by the Secretariat, para.259. Лорд Савилл, в частности, отмечал: «So far as the states that are parties to the Convention are concerned, I cannot see how, so far as torture is concerned, this immunity can exist consistently with the terms of that Convention. Each state party has agreed that the other state parties can exercise jurisdiction over alleged official torturers found within their territories, by extraditing them or referring them to their own appropriate authorities for prosecution; and thus to my mind can hardly simultaneously claim an immunity from extradition or prosecution that is necessarily based on the official nature of the alleged torture», *Pinochet III*. (<http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino7.htm>).

2006 году, об иммунитетах говорилось как об одном из препятствий для эффективного функционирования систем преследования за преступления по международному праву, которое не подходит к таким преступлениям²¹³. В то же время при обсуждении этой темы в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи отмечалось, что применение этого обязательства “should not ... affect the immunity of State officials from criminal prosecution”²¹⁴. Специальный докладчик не располагает свидетельствами сколь-нибудь распространенной практики государств, в том числе судебной, или их *opinio juris*, которые подтверждали бы наличие исключения из иммунитета иностранных должностных лиц, когда речь идет об осуществлении в отношении них национальной уголовной юрисдикции на основе правила *aut dedere aut judicare*. Воспроизведенная выше (пункт 77) в контексте вопроса об универсальной юрисдикции позиция Международного Суда, сформулированная в решении по делу *Об ордере на арест* применительно к взаимоотношениям с иммунитетом не только универсальной юрисдикции, но и обязательства *aut dedere aut judicare*, представляется вполне убедительной.

80. На практике в обоснование исключений из иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, когда она осуществляется в связи с совершением тяжкого преступления по международному праву, обычно используют несколько вышеприведенных обоснований, возможно, принимая во внимание, что каждое из них отнюдь не бесспорно. Тем более, что сторонники исключений далеко не всегда согласны между собой в корректности того или иного обоснования. Многими юристами и неправительственными организациями вопрос об исключениях из иммунитета *ratione materiae* в случае тяжких преступлений по международному праву по-прежнему ставится. Эта позиция получила отражение в двух резолюциях Института. Как уже упоминалось, в резолюции 2001 года содержатся предусматривающие такие исключения применительно к бывшим главам государств и правительств статьи 13 и 16. В Резолюции об иммунитете от юрисдикции государства и лиц, которые действуют от имени государства, в случае международных преступлений, принятой Институтом в 2009 году, указывается, что к лицам, действующим от имени государства, в соответствии с международным правом в отношении международных преступлений не применяется никакой иммунитет, иной, чем персональный иммунитет, и что когда заканчивается должность или миссия любого лица, пользующегося персональным иммунитетом, этот иммунитет прекращается²¹⁵. Однако, как мы видим, эта точка зрения не только не является

²¹³ A/CN.4/571, пункт 14.

²¹⁴ A/CN.4/588, пункт 161.

²¹⁵ Resolution of the Institute — 2009, note 22 above, art. III.

(“Article III Immunity of persons who act on behalf of a State:

1. No immunity from jurisdiction other than personal immunity in accordance with international law applies with regard to international crimes.
2. When the position or mission of any person enjoying personal immunity has come to an end, such personal immunity ceases.”)

При этом согласно статье IV этой резолюции вышеизложенные положения “are without prejudice to the issue whether and when a State enjoys immunity from jurisdiction before the national courts of another State in civil proceedings relating to an international crime committed by an agent of the former State”.

Когда готовился настоящий доклад, Ежегодник Института, содержащий материалы, из которых было бы ясно, как готовилась резолюция 2009 года, еще не был опубликован.

господствующей в доктрине, но и, как представляется, она не оказывает пока решающего влияния на практику и позиции государств.

81. Особняком стоит постановка вопроса об отсутствии иммунитета *ratione materiae* при совершении преступления на территории того государства, которое осуществляет юрисдикцию²¹⁶. Речь при этом не идет непременно о тяжких международных преступлениях. В пользу приоритета юрисдикции государства, на территории которого совершено преступление, над иммунитетом гипотетически может играть тот дополнительный фактор, что в соответствии с принципом суверенитета государство обладает всей полнотой, верховенством власти и юрисдикции на своей территории. Однако надо помнить, что это верховенство осуществляется с учетом изъятий, установленных международным правом и, в частности, иммунитета иностранного государства и его должностных лиц²¹⁷.

82. Как отмечается в Меморандуме Секретариата, “[i]t has been suggested that, in determining whether acts carried out by a State official in the territory of a foreign State are covered by immunity *ratione materiae*, the crucial consideration would be whether or not the territorial state had consented to the discharge in its territory of official functions by a foreign State organ”²¹⁸. Возможно, имеет значение согласие принимающего государства не только на осуществление функций, но и на само пребывание иностранного должностного лица на его территории. В контексте рассматриваемой темы можно выделить несколько типов ситуаций²¹⁹. Например, иностранное должностное лицо может находиться и осуществлять деятельность, в результате которой совершено преступление, на территории государства, осуществляющего юрисдикцию, с согласия последнего. Кроме того, возможна аналогичная ситуация, но с той разницей, что на деятельность, приведшую к преступлению, не было согласия государства пребывания. Наконец, бывают ситуации, когда не только деятельность, но и само присутствие иностранного должностного лица на территории государства, осуществляющего юрисдикцию, имеют место без согласия этого государства.

83. Применительно к первому типу ситуаций, как представляется, особых проблем не возникает. По сути, государство, на территории которого произошло предполагаемое преступление, заранее согласилось с тем, что находящееся и действующее на его территории иностранное должностное лицо будет обладать иммунитетом в отношении действий, совершенных в официальном качестве. Например, если иностранное должностное лицо прибыло на переговоры и по пути на переговоры совершило нарушение правил дорожного движения,

²¹⁶ See memorandum by the Secretariat, paras. 162–165. Анализ вопроса об иммунитете государства от гражданской юрисдикции государства, на территории которого осуществлялась деятельность, в результате которой причинен ущерб, см., например, X. Yang, State immunity in the European court of human rights: reaffirmation and misconceptions, *British Journal of International Law*, vol. 74 (2003), pp. 375–408.

²¹⁷ См. проект Декларации о правах и обязанностях государств, статья 2: “Every State has the right to exercise jurisdiction over its territory and over all persons ... therein, subject to the immunities recognized by international law.” *The Work of the International Law Commission*, 6th ed., vol., p. 262.

²¹⁸ See memorandum by the Secretariat, para. 163.

²¹⁹ Подчеркнем, что речь идет только об иммунитете должностного лица *ratione materiae*. Иммунитеты консульских должностных лиц или персонала специальных миссий не относятся к данной теме. Хотя некоторые аналогии могут быть полезны.

влекущее уголовное наказание в государстве пребывания, то это лицо, как представляется, должно пользоваться иммунитетом.

84. Во второй ситуации вопрос о том, есть ли иммунитет, как представляется, возникает в том случае, если сфера деятельности иностранного должностного лица была заранее определена и на такую деятельность давалось согласие принимающего государства, а на деятельность, результатом которой стало преступление, согласия этого государства не было. Например, если должностное лицо прибыло на переговоры по сельскому хозяйству, а за рамками переговоров осуществляет шпионскую или террористическую деятельность, то есть сомнения в том, что оно пользуется иммунитетом от уголовной юрисдикции государства пребывания в связи с такими противоправными деяниями. Здесь, впрочем, по-видимому, важно, насколько деятельность, приведшая к преступлению, связана с той деятельностью, на которую давало согласие государство. В данной ситуации, с одной стороны, действия должностного лица носят официальный характер, присваиваются государству, на службе которого лицо находится (находилось), и, соответственно, есть основания для постановки вопроса об иммунитете данного лица, опирающемся на суверенитет этого государства. С другой стороны, это государство в лице своего должностного лица осуществляло деятельность на территории другого государства без его на то согласия, т.е. в нарушение суверенитета последнего государства²²⁰.

85. Если государство не давало согласие на пребывание иностранного должностного лица и его деятельность, приведшую к совершению уголовно-наказуемого деяния, на своей территории, то есть, как представляется, достаточные основания полагать, что должностное лицо не пользуется иммунитетом *ratione materiae* от юрисдикции этого государства. В ситуации, рассмотренной в предыдущих параграфах, государство, соглашаясь на присутствие и деятельность на его территории иностранного должностного лица, заранее соглашалось с иммунитетом этого лица, связанным с его официальной деятельностью. Если же такого согласия не было, и лицо не только действует, но и находится на территории государства незаконно, то отстаивать иммунитет довольно трудно. Примеры такого рода ситуации — шпионаж, диверсионная деятельность, похищения людей и т.п. В судебных процессах по такого рода делам иммунитет либо отстаивался, но не учитывался²²¹, либо даже не отстаивался²²². Здесь

²²⁰ По мнению Р. ван Алебека, для оценки ситуации с иммунитетом иностранного должностного лица имеет значение и то, что его деятельность носит уголовно-наказуемый характер по праву государства, на территории которого она осуществлялась (“Whether a foreign state official is effectively called to account depends however on whether a particular act in fact constitutes a violation of the national law of the state whose territorial sovereignty has been violated or whether only an interstate norm has been violated.” (см. R. van Alebeek, note 51 above, pp. 181–183. Здесь же, pp. 167–183, приводятся примеры национальных судебных решений по делам иностранных должностных лиц, совершивших преступления на территории государства, осуществляющего юрисдикцию).

²²¹ См. дело агентов Центрального разведывательного управления Соединенных Штатов, арестованных в Италии в связи с обвинением в похищении человека в 2003 году (memorandum of the Secretariat, note 466).

²²² Например, дело *Rainbow Warrior* (ibid., note 465). Возможны, впрочем, ситуации, когда должностное лицо при осуществлении официальной деятельности оказывается на территории иностранного государства без его согласия, но не умышленно. Единственная уголовно-наказуемая деятельность должностного лица в этом случае — незаконное пересечение границы. Представляется, что в таком случае постановка вопроса об иммунитете имеет под собой основания. Например, в 2005 году в ходе учений российский

стоит отметить и то, в таких делах, как *Дистомо*²²³ и *Феррини*²²⁴, где суды Греции и Италии не признали иммунитет Германии от итальянской юрисдикции, речь шла о преступлениях, совершенных на территории государства, осуществляющего юрисдикцию²²⁵. В решении по делу *Бузари*, в котором канадский суд признал иммунитет, невзирая на то, что пытки запрещены императивной нормой, содержатся пассажи, из которых, толкуя их а contrario, можно сделать вывод, что решение могло быть иным, если бы пытки совершались на территории государства, осуществляющего юрисдикцию²²⁶.

86. Рассмотренные ситуации могут иметь место с любыми должностными лицами государства, включая военнослужащих. Вместе с тем вопрос об уголовном преследовании и иммунитете военнослужащих за преступления, совершенные в ходе вооруженного конфликта на территории государства, осуществляющего юрисдикцию, как представляется, регулируется, в первую очередь, гуманитарным правом, является специальным случаем, и его не следует рассматривать в рамках данной темы.

87. В резолюции Института 2001 года говорится о том, что бывший глава государства (и соответственно глава правительства) может преследоваться в уголовном порядке, если его деяния “are performed exclusively to satisfy a personal interest, or when they constitute a misappropriation of the State’s assets and resources”²²⁷. Тем самым к ситуации совершения наиболее тяжких международных преступлений были добавлены еще два случая, в которых бывший глава государства (и соответственно глава правительства) не пользуется иммунитетом *ratione materiae*. По мнению авторов Резолюции, таким образом, даже если должностное лицо, обладавшее персональным иммунитетом, действовало в официальном качестве, но в целях личного обогащения, оно, отойдя от должности, лишается защиты иммунитетом *ratione materiae*. Аналогичная точка зрения высказывалась в доктрине отдельными авторами применительно к другим схожим путям личного обогащения при осуществлении официальной деятельности²²⁸. Если бы такого рода деятельность должностного лица не рассматривалась как официальная, то эта позиция была бы понятна. Однако поскольку

военный самолет непреднамеренно оказался в воздушном пространстве Литвы и потерпел катастрофу. Против оставшегося в живых летчика в Литве было возбуждено уголовное дело. Российская Федерация поставила вопрос о том, что пилот, в ходе выполнения своей деятельности случайно оказавшийся на территории иностранного государства, пользуется иммунитетом от юрисдикции этого государства (см. Комментарий МИД Российской Федерации в связи с данным случаем от 19 сентября 2005 года, available at http://www.mid.ru/brp_4.nsf/).

²²³ *Prefecture of Voiotia v. Germany* in Supreme Court of Greece, no 11/2000 of 4 May 2000, *ibid.*

²²⁴ *Ferrini v. Repubblica Federale di Germania*, Corte di Cassazione, Joint Sections, Judgment 6 November 2003-11 March 2004, n. 5044

²²⁵ В доктрине высказывалось мнение о том, что именно это обстоятельство стало причиной непризнания в данных делах иммунитета Германии (см. X. Yang, *Jus cogens and state immunity*, *New Zealand Yearbook of International Law*, 2006, pp. 164–169).

²²⁶ Например: “[T]here is no principle of customary international law which provides an exception from state immunity where an act of torture has been committed outside the forum, even for acts contrary to jus cogens. Indeed, the evidence of state practice ... leads to the conclusion that there is an ongoing rule of customary international law providing state immunity for acts of torture committed outside the forum state.” *Bouzari v. Iran* [2002] O.J.No. 1624, Court file No. 00-CV-201372, Ontario Superior Court of Justice, Judgment, para. 63.

²²⁷ Статья 13(2) резолюции. См. сноску 210 выше.

²²⁸ See memorandum by the Secretariat, para. 211.

она по-прежнему рассматривается как официальная деятельность должностного лица и, соответственно, государства, то в обоснованности этой позиции возникают определенные сомнения. Борьбе с коррупцией, незаконным приобретением личного состояния должностными лицами посвящен целый ряд международных договоров²²⁹. В них такие деяния (в том числе те, которые могут совершаться только с использованием должности, служебного положения) должностных лиц криминализуются, предусматриваются обязательства и права государств по установлению и осуществлению уголовной юрисдикции в отношении таких деяний должностных лиц. В одних договорах вопрос об иммунитете иностранных должностных лиц от уголовной юрисдикции не затрагивается²³⁰. В других — содержатся оговорки, предусматривающие, что их положения не наносят ущерба положениям других международных договоров, в том, что касается отказа от иммунитета этих лиц²³¹. Казалось бы, наиболее простой путь решения вопроса об иммунитете должностных лиц от иностранной уголовной юрисдикции в случае совершения ими преступлений, направленных на личное обогащение — включить соответствующие положения в международный договор, посвященный борьбе с этими преступлениями. Однако этого пока не происходит. Если, конечно, не рассматривать эти договоры как предусматривающие подразумеваемый отказ от иммунитета.

88. По-видимому, для решения вопроса о том, пользуется ли должностное лицо иммунитетом от иностранной уголовной юрисдикции в рассматриваемых случаях, следует все же рассматривать в каждом конкретном случае вопрос о том, является ли деяние, приведшее к незаконному обогащению и т.п., деянием этого должностного лица, совершенным в официальном качестве или в личном качестве. Известны ситуации, когда иностранная юрисдикция осуществлялась в связи с подобными рода преступлений, и государство не заявляло об иммунитете своего должностного лица. Так было, например, в деле бывшего президента Филиппин *Маркоса в Соединенных Штатах Америки*²³². В то же время в

²²⁹ Например, Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции 2003 года (available at: http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-r.pdf), Межамериканская конвенция против коррупции 1996 года (available at: <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-58.html>), Конвенция об уголовной ответственности за коррупцию 1999 года (European Treaty Series — No.173), Конвенция Африканского союза о предупреждении коррупции и борьбе с ней 2003 года (available at: <http://www.africa-union.org/root/AU/Documents/Treaties/Text/Convention%20on%20Combating%20Corruption.pdf>).

²³⁰ При этом встречаются положения, касающиеся иммунитета собственных должностных лиц (см., например, пункт 2 статьи 30 Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции; пункт 5 статьи 9 Конвенции Африканского союза о предупреждении коррупции и борьбе с ней 2003 года).

²³¹ См., например, статья 16 Конвенции об уголовной ответственности за коррупцию 1999 года; статья 4(4) Конвенции о борьбе против коррупции с участием должностных лиц Европейских сообществ и должностных лиц государств-членов Европейского союза от 26 мая 1997 года (Convention on the fight against corruption involving officials of the European Communities or officials of Member States of the European Union (available at: <http://eur-lex.europa.eu/>).

²³² В решении по делу Маркоса (Tribunal Federal, Affaire Marcos, 2 Novembre 1989, ref. ATF 115 Ib 496 consid 5(b)) Верховный Суд Швейцарии не вдавался подробно в анализ характера деятельности этого лица, определив, что иммунитетом он не пользовался ввиду того, что Филиппины отказались признавать эту деятельность официальной. Похожая ситуация была в решении по его делу в Соединенных Штатах Америки (In re Grand Jury Proceedings, 817 F.2d at 1111): Правительство Филиппин уведомило в рамках этого дела

деле бывшего министра атомной промышленности Российской Федерации *Адамова*, вопрос об экстрадиции которого в Соединенные Штаты Америки или Российскую Федерацию рассматривался Федеральным судом Швейцарии, Российская Федерация настаивала на иммунитете своего бывшего должностного лица от уголовной юрисдикции Соединенных Штатов Америки, отмечая среди прочего, что незаконное обогащение, в котором обвинялся Адамов, произошло в Российской Федерации в результате его официальной деятельности (злоупотребление служебным положением)²³³.

89. Изложенное не дает основание утверждать, что упомянутые выше положения резолюции Института 2001 года отражают обычную норму международного права²³⁴. В то же время иммунитет *ratione materiae*, как представляется, не защищает должностное лицо от уголовно-процессуальных мер, принимаемых иностранным государством к его личному имуществу (например, средствам в иностранных банках) в рамках уголовно-правовых процедур, осуществляемых в связи с предположительно совершенным им преступлением, направленным на личное обогащение. Такие меры не могут рассматриваться как ограничивающие его официальные действия.

3. Выводы об исключениях

90. По мнению Специального докладчика, изложенное свидетельствует о том, что разнообразные обоснования исключений из иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции при ближайшем рассмотрении оказываются недостаточно убедительными. Эти обоснования продолжают дискутироваться в доктрине. Далека от единообразия в этом отношении и практика государств. Решение по делу *Пиночета*, давшее толчок дискуссии по данному вопросу, не привело к формированию гомогенной судебной практики. В этой связи вряд ли можно говорить об исключениях из иммунитета как о сложившейся норме обычного международного права, как, впрочем, и нельзя определенно утверждать, что налицо тенденция формирования такой нормы. Особняком стоит в этом плане лишь ситуация, когда уголовная юрисдикция осуществляется государством, на территории которого произошло предполагаемое преступление, и это государство не давало согласия на осуществление на своей территории деятельности, приведшей к преступлению, и на присутст-

Государственный департамент Соединенных Штатов Америки об отказе от иммунитета Маркоса. В деле *USA v. Noriega* (117 F.3d 1206; 1197 U.S. app. LEXIS 16493, see memorandum by the Secretariat, para.211, note 605) суд США отказал в иммунитете М. Норьега, бывшему главе государства Панама, основываясь на том, что правительство Соединенных Штатов Америки не признавало Норьега как главу государства в момент совершения им соответствующих деяний. Панама не отстаивала иммунитет Норьеги. То есть в этом деле природа совершенных им деяний не имела определяющий характер. Если бы исполнительная власть Соединенных Штатов Америки признала легитимность властных полномочий Норьеги, иммунитет также был бы, видимо, признан. см., например, Heidi Altman, *The Future of Head of State Immunity: The Case against Ariel Sharon*, April 2002, стр. 6, <http://www.indictsharon.net/heidi-altman-apr02.pdf>.

²³³ *Adamov gegen Bundesamt für Justiz*, Urteil vom 22. Dezember 2005, 1. Offentlich-rechtliche Abteilung (1A.288/2005/gij), para. 3.4.2.; см. также комментарий Департамента информации и печати МИД Российской Федерации от 18 мая 2005 года, http://www.mid.ru/Brp_4.nsf/arh/61C69CBAC851731AC3257006003264A0?OpenDocument.

²³⁴ См. приведенное в меморандуме Секретариата (пункт 209) мнение Х. Фокс о том, что речь идет о формулировке этих положений статьи 13 резолюции *de lege ferenda*.

вие на своей территории иностранного должностного лица, совершившего это предположительное преступление. В такой ситуации есть, как представляется, достаточные основания говорить об отсутствии иммунитета.

91. Возникает вопрос о том, насколько желательны дальнейшие ограничения иммунитета *de lege ferenda*. Напомним в этой связи о некоторых, в том числе упоминавшихся выше, рекомендациях, содержащихся в Докладе экспертов Африканского и Европейского союзов: “When exercising universal jurisdiction over serious crimes of international concern ... states should bear in mind the need to avoid impairing friendly international relations. ... Those national criminal justice authorities considering exercising universal jurisdiction over persons suspected of serious crimes of international concern are legally bound to take into account all the immunities to which foreign state officials may be entitled under international law and are consequently obliged to refrain from prosecuting those officials entitled to such immunities. ... In prosecuting serious crimes of international concern, states should, as a matter of policy, accord priority to territoriality as a basis of jurisdiction, since such crimes, while offending against the international community as a whole by infringing universal values, primarily injure the community where they have been perpetrated and violate not only the rights of the victims but also the general demand for order and security in that community. In addition, it is within the territory of the state of alleged commission that the bulk of the evidence will usually be found”²³⁵.

92. Сомнительно и то, что возникновение таких исключений в общем международном праве и, соответственно, возможности осуществлять национальную уголовную юрисдикцию в отношении иностранных должностных лиц, было бы желательно в целях борьбы с безнаказанностью в качестве дополнения к международной уголовной юрисдикции или к юрисдикции того государства, на службе которого находится (находилось) должностное лицо, если это государство не осуществляет его уголовное преследование²³⁶. Такое субсидиарное осуществление уголовной юрисдикции предусмотрено законодательством некоторых государств²³⁷. Однако предусмотренная законодательством возможность осуществлять юрисдикцию еще не означает, как следует из изложенного выше, исключения иммунитета иностранных должностных лиц.

93. Другое дело, что государства, безусловно, вправе установить ограничения иммунитета своих должностных лиц от уголовной юрисдикции друг друга путем заключения международного договора²³⁸. В этой связи Комиссия могла бы

²³⁵ African Union-European Union, note 14 above, p. 42.

²³⁶ См. выступления на шестидесятой сессии Комиссии международного права Д. Макрея (A/CN.4/SR.2984, p. 9), Варгаса-Кареньо (A/CN.4/SR.2987, p. 11), М.Якобсон (A/CN.4/SR.2985, pp. 5–6).

²³⁷ См. К. Ambos, note 23 above, pp. 414, 423 and 440.

²³⁸ Протокол о предупреждении и наказании преступления геноцида, военных преступлений и преступлений против человечности и всех форм дискриминации 2006 года содержит статью 12 о применении его положений, касающихся борьбы с геноцидом военными преступлениями и преступлениями против человечности, к «официальным властям». Эти положения “shall apply equally to all persons suspected of committing the offences to which this Protocol applies, irrespective of the official status of such persons. In particular the official status of a Head of State, of Government, or an official member of a Government or parliament, or an elected representative or agent of a State shall in no way shield or bar the criminal liability.” International Conference on the Great Lakes Region. Protocol for the Prevention and the Punishment of the Crime of Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity and all

рассмотреть вопрос о том, чтобы, наряду с кодификацией действующего обычного международного права, подготовить факультативный протокол или модельные клаузулы об ограничении или исключении иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции.

G. Резюме

94. Резюмируя содержание настоящего доклада, можно сформулировать, в частности, следующие тезисы:

а) в целом иммунитет должностного лица государства, как и самого государства, от иностранной юрисдикции является общим правилом, а его отсутствие в тех или иных случаях — исключением из этого правила;

б) должностные лица государства пользуются иммунитетом *ratione materiae* от иностранной уголовной юрисдикции, т.е. иммунитетом в отношении действий, совершенных в официальном качестве, поскольку эти действия являются действиями самого государства, на службе которого они состоят;

в) нет объективных оснований для того, чтобы проводить различия между присвоением поведения для целей ответственности, с одной стороны, и для целей иммунитета, — с другой. Вряд ли есть основания утверждать, что один и тот же акт должностного лица для целей ответственности государства присваивается государству и считается его актом, а для целей иммунитета от юрисдикции таковым не является и рассматривается только как акт должностного лица. Вопрос об определении характера поведения должностного лица — официальное или личное — и, соответственно, о присвоении или неприсвоении этого поведения государству, логически должен рассматриваться до того, как рассматривается вопрос об иммунитете должностного лица в связи с данным поведением;

г) характеристика поведения должностного лица как официального поведения не зависит от мотивов лица или содержания поведения. Определяющим является то, что должностное лицо действует в качестве такового. Понятие «действия должностного лица как такового», т.е. «официальный акт», надо отличать от понятия «акт, входящий в официальные функции». Первое шире и включает в себя второе;

е) объем иммунитета государства и объем иммунитета его должностного лица не одинаковы, несмотря на то, что по сути это один и тот же иммунитет. Должностное лицо, совершающее акт коммерческого характера, если этот акт присваивается государству, пользуется иммунитетом от иностранной уголовной юрисдикции;

forms of Discrimination, available at <http://www.icglr.org/key-documents/0of%20the%20Crime%20of%20Genocide,%20War%20Crimes%20and%20Crimes%20against%20Humanity%20and%20All%20forms%20of%20Discrimination.pdf>.

Возможно, эта статья рассматривается участниками договора как исключаящая иммунитет их должностных лиц от уголовной юрисдикции любого из них, хотя прямо об ограничении или исключении иммунитета в Протоколе не говорится (к сожалению, практика применения приведенного положения протокола судами его государств-участников Специальному докладчику не известна).

f) иммунитет *ratione materiae* распространяется на действия должностных лиц *ultra vires* и на их противоправные действия;

g) иммунитет *ratione materiae* не распространяется на действия, которые были совершены должностным лицом до занятия им должности; бывшее должностное лицо защищено иммунитетом *ratione materiae* в отношении действий, совершенных им в бытность должностным лицом в этом качестве;

h) на иммунитет *ratione materiae* вряд ли влияет характер пребывания должностного или бывшего должностного лица за границей, в том числе на территории государства, осуществляющего юрисдикцию. По-видимому, независимо от того, находится ли данное лицо за границей с официальным визитом или пребывает там в личном качестве, оно пользуется иммунитетом от иностранной уголовной юрисдикции в отношении действий, совершенных в качестве должностного лица;

i) иммунитет *ratione personae*, которым пользуется узкий круг высокопоставленных должностных лиц государства, распространяется на противоправные действия, осуществляемые должностным лицом как в официальном, так и в личном качестве, в том числе до занятия должности. Это т.н. абсолютный иммунитет;

j) будучи связанным с определенной, высокой должностью, персональный иммунитет носит временный характер и прекращается с оставлением должности. На иммунитет *ratione personae* не влияет ни то, что действия, в связи с которыми осуществляется юрисдикция, совершены за рамками функций должностного лица, ни характер его пребывания за границей, в том числе на территории государства, осуществляющего юрисдикцию;

к) объем иммунитета действующих должностных лиц от иностранной уголовной юрисдикции различается в зависимости от уровня занимаемой должности. Все действующие должностные лица пользуются иммунитетом в отношении действий, совершенных в официальном качестве. Только некоторые действующие высокопоставленные должностные лица пользуются, кроме того, иммунитетом в отношении действий, совершенных ими в личном качестве. Объем иммунитета бывших должностных лиц одинаков вне зависимости от уровня должности, которую они занимали: они пользуются иммунитетом в отношении действий, совершенных ими в официальном качестве в период занятия должности;

l) в отношении иностранного должностного лица, против которого выдвинуты обвинения (предположительного преступника, подозреваемого и т.п.), не могут быть приняты только такие уголовно-процессуальные меры, которые носят ограничительный характер, мешают выполнению его функций, накладывая на данное лицо юридическое обязательство, когда это лицо пользуется: а) иммунитетом *ratione personae* или б) иммунитетом *ratione materiae*, если речь идет о мерах в связи с преступлением, совершенным при осуществлении этим лицом официальных действий. Такие меры не могут быть приняты в отношении иностранного должностного лица, фигурирующего в уголовном процессе в качестве свидетеля, когда это лицо пользуется: а) иммунитетом *ratione personae* или б) иммунитетом *ratione materiae*, если речь идет о вызове такого лица для дачи свидетельских показаний относительно официальных действий, совер-

шенных им самим, или действий, о которых должностному лицу стало известно в результате выполнения им официальных функций;

m) иммунитет действует как во время пребывания должностного лица за рубежом, так и во время пребывания должностного лица на территории того государства, на службе которого оно находится или находилось. Уголовно-процессуальные меры, накладывающие обязательство на иностранное должностное лицо, нарушают иммунитет, которым оно пользуется, независимо от того, находится ли это лицо за рубежом или на территории собственного государства. Нарушение обязательства не принимать такие меры в отношении иностранного должностного лица наступает уже в момент принятия такой меры, а не только тогда, когда лицо, против которого она принята, оказывается за рубежом;

n) разнообразные обоснования исключений из иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции недостаточно убедительны;

o) вряд ли можно говорить об исключениях из иммунитета как о сложившейся норме обычного международного права, как, впрочем, и нельзя определенно утверждать, что налицо тенденция формирования такой нормы;

p) особняком стоит ситуация, когда уголовная юрисдикция осуществляется государством, на территории которого произошло предполагаемое преступление, и это государство не давало согласия на осуществление на своей территории деятельности, приведшей к преступлению, и на присутствие на своей территории иностранного должностного лица, совершившего это предположительное преступление. В такой ситуации есть, как представляется, достаточные основания говорить об отсутствии иммунитета²³⁹.

²³⁹ Специальный докладчик хотел бы выразить признательность г-же С.С. Саренковой и г-ну М.В. Мусихину за содействие в подготовке настоящего доклада.