



Генеральная Ассамблея

Distr.: General

14 June 2016

Russian

Original: Spanish

Комиссия международного права

Шестьдесят восьмая сессия

Женева, 2 мая — 10 июня и 4 июля — 12 августа 2016 года

Пятый доклад об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции Подготовлен Специальным докладчиком г-жой Консепсьон Эскобар Эрнандес*

Содержание

Глава	Стр.
Введение	4
I. Ограничения и исключения в связи с применением иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции: введение	8
А. Соображения общего порядка	8
В. Более раннее рассмотрение Комиссией вопроса об ограничениях и исключениях из иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции	11
II. Исследование практики	21
А. Договорная практика	21
В. Национальная законодательная практика	29

* Специальный докладчик хотела бы выразить признательность следующим членам исследовательской группы по проекту «La protección de los valores de la comunidad internacional: inmunidad, justicia e impunidad en el derecho internacional contemporáneo» («Защита ценностей международного сообщества: вопросы иммунитета, правосудия и безнаказанности в современном международном праве») (DER2013-45790-P): профессорам Фанни Кастро Риаль Гарроне, Кармен Кесада Алькала, Фернандо Валь Гарихо и Тересе Маркос Мартин (Национальный университет дистанционного обучения), Росарио Охинага Руис, Яэле Качо Санчес и Хосе Антонио Вальес Кавия (Кантабрийский университет) и Хоане Абрискета Уриарте (Университет Деусто). Кроме того, она хотела бы поблагодарить за оказанную помощь профессора Сильвию Моргадес Гиль (Университет Помпеу Фабра) и г-жу Ракель Сааведру, студентку Женевской академии международного гуманитарного права и прав человека.



C.	Международная судебная практика	38
1.	Международный Суд	38
2.	Европейский суд правам человека	47
3.	Международные уголовные трибуналы	51
D.	Национальная судебная практика	55
E.	Другая работа Комиссии	66
III.	Ограничения и исключения в общих правовых рамках иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции: методологические и концептуальные вопросы	74
A.	Правовой характер иммунитета	75
1.	Взаимосвязь между иммунитетом и юрисдикцией	76
2.	Взаимосвязь между иммунитетом и ответственностью	77
3.	Взаимосвязь между иммунитетом государства и иммунитетом должностных лиц государства	78
B.	Национальные и международные уголовные суды или трибуналы	79
C.	Концепция ограничений и исключений из иммунитета	85
IV.	Случаи, в которых иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции не применяется	88
A.	Международные преступления	88
1.	Ограничение или исключение, основанное на совершении международных преступлений, в качестве нормы обычного права	89
2.	Системная категоризация международных преступлений в качестве исключения из иммунитета	94
3.	Международные преступления, которые составляют ограничение или исключение из иммунитета	105
B.	«Территориальное исключение»	107
C.	Коррупция как ограничение или исключение из иммунитета	109
D.	Ограничения и исключения из иммунитета <i>ratione personae</i> и <i>ratione materiae</i>	111
E.	Проект статьи	113
V.	План будущей работы	115
Приложения		
I.	Проекты статей, принятые в предварительном порядке Комиссией международного права	116
II.	Проекты статей, принятые в предварительном порядке Редакционным комитетом на шестьдесят седьмой сессии Комиссии в 2015 году	118
III.	Проект статьи, предложенный Комиссией международного права для рассмотрения на ее шестьдесят восьмой сессии	119

Введение

1. Тема, озаглавленная «Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции», была включена в долгосрочную программу работы Комиссии международного права на ее пятьдесят восьмой сессии в 2006 году на основе предложения, содержащегося докладе Комиссии о работе этой сессии¹. На своей пятьдесят девятой сессии в 2007 году Комиссия постановила включить эту тему в свою текущую программу работы и назначила Специальным докладчиком г-на Романа А. Колодкина². На той же сессии она просила Секретариат подготовить справочное исследование по этой теме³.

2. Специальный докладчик г-н Колодкин представил три доклада, в которых он определил рамки для рассмотрения этой темы и проанализировал различные аспекты вопросов существа и процедурных вопросов, относящихся к иммунитету должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции⁴. Комиссия рассмотрела доклады Специального докладчика на своих шестидесятой и шестьдесят третьей сессиях, состоявшихся, соответственно, в 2008 и 2011 годах. В свою очередь, Шестой комитет Генеральной Ассамблеи занимался этой темой в связи с рассмотрением докладов КМП, в частности в 2008 и 2011 годах.

3. На своем 3132-м заседании, состоявшемся 22 мая 2012 года, Комиссия назначила Специальным докладчиком г-жу Консепсьон Эскобар Эрнандес вместо г-на Колодкина, который вышел из состава Комиссии⁵.

4. На той же сессии Специальный докладчик представила предварительный доклад об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции⁶. Предварительный доклад помог более четко определить круг уже рассматривавшихся до этого времени вопросов, равно как и основные остававшиеся спорные моменты; в нем были указаны вопросы для анализа и то, какая методология должна для этого использоваться, и был предложен ориентировочный план работы для рассмотрения этой темы на протяжении нынешнего пятилетия. Комиссия рассмотрела предварительный доклад на своей шестьдесят четвертой сессии в 2012 году⁷, а Шестой комитет Генеральной Ассамблеи — на своей шестьдесят седьмой сессии⁸, и в обоих случаях были поддержаны предложения Специального докладчика.

¹ См. *Ежегодник Комиссии международного права, 2006 год*, том II (часть вторая), стр. 203 оригинала, пункт 257 и стр. 209 оригинала, приложение I.

² См. *Ежегодник... 2007 год*, том II (часть вторая), стр. 95 оригинала, пункт 376.

³ См. там же, стр. 99 оригинала, пункт 386. Меморандум Секретариата содержится в *Ежегоднике... 2008 год*, том II (часть первая) (дополнение 2), документ A/CN.4/596.

⁴ Доклады Специального докладчика г-на Колодкина содержатся в *Ежегоднике... 2008 год*, том II (часть первая), стр. 163 оригинала, документ A/CN.4/601 (предварительный доклад), документ A/CN.4/631 (второй доклад) и документ A/CN.4/646 (третий доклад).

⁵ См. A/67/10, пункт 84.

⁶ Там же, том II (часть первая), документ A/CN.4/654.

⁷ Что касается хода этих обсуждений, см. A/67/10, пункты 84–139. См. также предварительные краткие отчеты Комиссии, содержащиеся в документах A/CN.4/SR.3143–A/CN.4/SR.3147.

⁸ Шестой комитет занимался темой «Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции» на шестьдесят седьмой сессии Генеральной Ассамблеи в 2012 году (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят*

5. На шестьдесят пятой сессии Комиссии в 2013 году Специальный докладчик представила второй доклад об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции⁹. В нем были проанализированы предметный охват темы и сфера применения проектов статей, понятия иммунитета и юрисдикции, различие между иммунитетом *ratione personae* и иммунитетом *ratione materiae*, а также нормативные элементы иммунитета *ratione personae*, и были предложены шесть проектов статей. Комиссия рассмотрела второй доклад Специального докладчика¹⁰ и в предварительном порядке приняла три проекта статей, посвященные, соответственно, сфере применения проектов статей (проект статьи 1) и нормативным элементам иммунитета *ratione personae* (проекты статей 3 и 4)¹¹, вместе с комментариями к ним. Что касается проекта статьи, посвященной определению, то Редакционный комитет постановил продолжить его рассмотрение и высказаться по нему на более позднем этапе¹². Второй доклад Специального докладчика был рассмотрен Шестым комитетом Генеральной Ассамблеи на ее шестьдесят восьмой сессии, состоявшейся в 2013 году, на которой положительную оценку получили доклад и успехи, достигнутые Комиссией¹³.

6. На шестьдесят шестой сессии Комиссии в 2014 году Специальный докладчик представила третий доклад об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции¹⁴. В нем она приступила к анализу нормативных элементов иммунитета *ratione materiae*, сосредоточив внимание на общем понятии «должностного лица государства», на субъективной сфере охвата иммунитета (лица, пользующиеся иммунитетом), проанализировала терминологию, которая должна использоваться для обозначения должностных лиц государства, и предложила два проекта статей. Комиссия рассмотрела третий доклад Специального докладчика на своих 3217–3222-м заседаниях¹⁵ и в предварительном порядке приняла проекты, посвященные общему понятию «должностного лица государства» (проект статьи 2, пункт (е)) и «лицам, пользующимся иммунитетом *ratione materiae*» (проект статьи 5)¹⁶, вместе с коммен-

седьмая сессия, Шестой комитет, 20–23-е заседания (A/C.6/67/SR.20–23)). Кроме того, два государства делали ссылки на эту тему на другом заседании (там же, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19)). См. также тематическое резюме обсуждений в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи в ходе ее шестьдесят седьмой сессии (A/CN.4/657), пункты 26–38.

⁹ Документ A/CN.4/661.

¹⁰ Что касается детального анализа вопросов, поднятых в ходе прений, и позиций, занятых членами Комиссии, см. A/CN.4/SR.3164–A/CN.4/SR.3168 и A/CN.4/SR.3170.

¹¹ Текст этих проектов статей см. приложение I к настоящему докладу.

¹² Что касается рассмотрения этой темы Комиссией на ее шестьдесят пятой сессии, см. A/68/10, пункты 40–49. См., в частности, проекты статей с комментариями к ним, которые содержатся в пункте 49 доклада Комиссии. Обсуждение Комиссией комментариев к проектам статей, см. A/CN.4/SR.3193–A/CN.4/SR.3196. В отношении представления доклада Редакционного комитета см. A/CN.4/SR.3174.

¹³ См. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Шестой комитет*, 17–19-е заседания (A/C.6/68/SR.17–19). См. также тематическое резюме обсуждений, состоявшихся в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи в ходе ее шестьдесят восьмой сессии (A/CN.4/666), в особенности раздел В.

¹⁴ Документ A/CN.4/673.

¹⁵ Детальный анализ вопросов, поднятых в ходе прений, и позиций, занятых членами Комиссии, см. A/CN.4/SR.3217–A/CN.4/SR.3222.

¹⁶ Текст этих проектов статей см. приложение I к настоящему докладу.

тариями к ним¹⁷. На своей шестьдесят девятой сессии Шестой комитет рассмотрел тему «Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции» в связи с рассмотрением ежегодного доклада КМП. Государства восприняли положительно третий доклад Специального докладчика и два новых проекта статей, одобренные в предварительном порядке Комиссией, отметив значительный прогресс, достигнутый в рассмотрении этой темы¹⁸.

7. На шестьдесят седьмой сессии Комиссии в 2015 году Специальный докладчик представила четвертый доклад об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции¹⁹. В четвертом докладе был продолжен анализ нормативных элементов иммунитета *ratione materiae*, а также детально рассматривались вопросы, касающиеся элементов существа и временных аспектов, и были предложены два проекта статей. Комиссия рассмотрела четвертый доклад Специального докладчика на своих 3271–3278-м заседаниях²⁰ и постановила передать оба проекта статей Редакционному комитету. Редакционный комитет принял в предварительном порядке проекты статей 2(f) (определение «действия, осуществляемого в официальном качестве») и 6 (сфера охвата иммунитета *ratione materiae*)²¹. Комиссия приняла к сведению эти проекты статей и постановила, что комментарии к ним будут рассмотрены на нынешней сессии²². На своей семидесятой сессии Шестой комитет Генеральной Ассамблеи рассмотрел тему «Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции» в связи с рассмотрением ежегодного доклада Комиссии. Вновь государства положительно восприняли четвертый доклад Специального докладчика и два новых проекта статей, принятых в предварительном порядке Редакционным комитетом, и подчеркнули достигнутый Комиссией прогресс в отношении этой темы²³.

8. Начиная с 2013 года Комиссия ставила перед государствами ряд вопросов по представляющим интерес проблемам, относящимся к теме иммунитета

¹⁷ Что касается рассмотрения этой темы Комиссией на ее шестьдесят шестой сессии, см. A/69/10, пункты 123–132. См., в частности, проекты статей с комментариями к ним, которые содержатся в пункте 132. Обсуждение Комиссией комментариев к проектам статей, см. A/CN.4/SR.3240–A/CN.4/SR.3242. Что касается доклада Редакционного комитета и его представления на пленарном заседании, см. документ A/CN.4/L.850 (мимеографированный вариант) и A/CN.4/SR.3231. С заявлением Председателя Редакционного комитета можно ознакомиться на веб-сайте Комиссии.

¹⁸ См. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят девятая сессия, Шестой комитет*, 21–26-е заседания (A/C.6/69/SR.21–SR.26). См. тематическое резюме обсуждений, состоявшихся в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи в ходе ее шестьдесят девятой сессии (A/CN.4/678), в особенности раздел D, пункты 37–51.

¹⁹ Документ A/CN.4/686.

²⁰ Детальный анализ вопросов, поднятых в ходе прений, и позиций, занятых членами Комиссии, см. A/CN.4/SR.3271–A/CN.4/SR.3278.

²¹ См. A/CN.4/L.865 (мимеографированный вариант) и A/CN.4/SR.3284. С заявлением Председателя Редакционного комитета можно ознакомиться на веб-сайте Комиссии. Текст проектов статей, одобренных в предварительном порядке Редакционным комитетом, содержится в приложении II к настоящему докладу.

²² Что касается рассмотрения этой темы Комиссией на ее шестьдесят седьмой сессии, см. A/70/10, пункты 174–243.

²³ См. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят девятая сессия, Шестой комитет*, 20-е и 22–25-е заседания (A/C.6/69/SR. 20 и 22–25). См. также тематическое резюме обсуждений, состоявшихся в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи в ходе ее семидесятой сессии (A/CN.4/689), в особенности раздел F, пункты 68–76.

должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции. В 2014 году свои комментарии представили десять государств: Бельгия, Германия, Ирландия, Мексика, Норвегия, Российская Федерация, Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии, Соединенные Штаты Америки, Чешская Республика и Швейцария²⁴. В 2015 году свой вклад представили следующие государства: Австрия, Германия, Испания, Куба, Нидерланды, Перу, Польша, Соединенное Королевство, Финляндия, Франция, Чешская Республика и Швейцария²⁵. В 2016 году на момент завершения подготовки настоящего доклада были получены письменные ответы от следующих государств: Австралии, Австрии, Испании, Нидерландов, Парагвая, Перу и Швейцарии²⁶. Помимо этого, в своих выступлениях в Шестом комитете различные государства касались вопросов, которые были направлены им Комиссией. Специальный докладчик хотела выразить особую признательность этим государствам за их комментарии, которые являются весьма полезными для работы Комиссии. Она будет в равной мере признательна за любые другие комментарии, которые государства пожелают препроводить впоследствии. Эти комментарии, равно как и замечания, высказанные в устных выступлениях представителей государств в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи, были должным образом приняты во внимание при подготовке настоящего доклада.

9. Как уже было объявлено в 2015 году, настоящий доклад посвящен вопросу об ограничениях и исключениях в связи с применением иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции. Вместе с тем в нем последовательно затрагиваются такие аспекты, как рассмотрение Комиссией этого вопроса на протяжении двух пятилетних периодов, в течение которых она занимается этой темой (глава I), анализ соответствующей практики (глава II), некоторые методологические и концептуальные вопросы, касающиеся ограничений и исключений (глава III), и случаи неприменимости иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции (глава IV). На основе этого исследования предлагается один проект статьи. В докладе также содержится ссылка на будущий план работы (глава V). Наконец, чтобы облегчить рассмотрение настоящего доклада Комиссией, он сопровождается тремя приложениями, посвященными проектам статей, принятым в предварительном порядке Комиссией (приложение I), проектам статей, принятым в предварительном порядке Редакционным комитетом, которые Комиссия

²⁴ A/68/10, пункт 25. Комиссия просила государства «к 31 января 2014 года представить информацию о практике их органов и, в частности, о судебных решениях со ссылкой на толкование терминов «официальные действия» и «действия, совершаемые в официальном качестве» в контексте иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции».

²⁵ A/69/10, пункт 28. Комиссия просила государства «предоставить к 31 января 2015 года информацию о своем национальном законодательстве и практике, в особенности судебной практике, в связи со следующими вопросами: а) значение, придаваемое терминам «официальные акты» и «акты, совершенные в официальном качестве», в контексте иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции; и б) исключения из иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции».

²⁶ A/70/10, пункт 29. Комиссия указала, что она «была бы признательна за получение от государств информации об их законодательстве и практике, особенно судебной практике, в отношении пределов и исключений из иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции».

приняла к сведению (приложение II), и проекту статьи, предложенному в настоящем, пятом докладе (приложение III).

Глава I

Ограничения и исключения в связи с применением иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции: введение

А. Соображения общего порядка

10. Как уже было указано Специальным докладчиком, вопрос, касающийся ограничений и исключений из иммунитета, должен рассматриваться после завершения анализа нормативных элементов иммунитета *ratione personae* и иммунитета *ratione materiae*. Причина для этого очевидна: только когда будут установлены основные элементы, позволяющие определить общий режим, применимый отвлеченно к иммунитету от иностранной уголовной юрисдикции, можно будет заняться сложным вопросом о том, подпадает ли этот общий режим под действие ограничений и исключений. Кроме того, было отмечено, что вопрос, касающийся ограничений и исключений из иммунитета, должен анализироваться всеобъемлющим образом, а параллельно с этим — в отношении двух ранее упомянутых категорий иммунитета.

11. Проблематика ограничений и исключений из иммунитета традиционно рассматривается под углом зрения действий, которые могут охватываться иммунитетом. В силу этого некоторые авторы и ряд государств ставят акцент на связь между иммунитетом от иностранной уголовной юрисдикции и *ius cogens*, серьезными и систематическими нарушениями прав человека, международными преступлениями и борьбой с безнаказанностью. В отличие от этого другие авторы и некоторые другие государства сконцентрировали внимание, по сути дела, на вменении государству действий того или иного должностного лица, подчеркивая квалификацию иммунитета должностного лица как иммунитета государства. Наряду с этим вопрос об ограничениях и исключениях из иммунитета рассматривается также под иным углом зрения, основанным фактически на представительном характере лиц, пользующихся иммунитетом *ratione personae*. Вместе с тем, также в связи с этой категорией иммунитета, существование или отсутствие ограничений и исключений из иммунитета увязывается тем или иным образом с характером действия, совершенного этими должностными лицами государства.

12. Немалое количество опубликованных в последние годы публикаций на тему иммунитета государства и его должностных лиц со всей очевидностью показывает, что проблематика ограничений и исключений является одним из главных вопросов, вызывающих обеспокоенность международного сообщества юристов²⁷. Та же самая обеспокоенность получила отражение в целом ряде ре-

²⁷ См., в частности: Annyssa Bellal, *Immunités et violations graves des droits humains: vers une évolution structurelle de l'ordre juridique international?*, Bruselas, Bruylant, 2011; Alvaro Borghi, *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, Bruselas, Bruylant, 2003; Jürgen Bröhmer, *State immunity and the violation of human rights*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1997; Sophie Canadas-Blanc, *La responsabilité pénale des élus locaux*, Paris, Johanet, 1999;

золюций, принятых на сегодняшний день Институтом международного права, в которых содержатся ссылки на ограничения и исключения из иммунитета²⁸. То же самое можно сказать о других косвенных вкладах доктрины в нашу тему, среди которых следует упомянуть *Принстонские принципы универсальной юрисдикции*²⁹.

13. Вместе с тем эта обеспокоенность по поводу ограничений и исключений из иммунитета не является исключительно теоретической или доктринальной. Напротив, дискуссия, развернувшаяся вокруг постановлений, вынесенных Европейским судом по правам человека, особенно по делам *Аль-Адсани и Джонса*³⁰, свидетельствует о том, что вопрос об ограничениях и исключениях из иммунитетов суверенных государств имеет огромное практическое значение. С другой стороны, постановление, вынесенное Международным Судом по делу *О юрисдикционных иммунитетах государства*³¹, выдвинуло на передний план в ходе прений вопрос о тесной взаимосвязи между этим иммунитетом и некоторыми основными категориями современного международного права, в особенности *ius cogens*. Наряду с этим нельзя забывать, что национальные суды также высказывались по вопросу об ограничениях и исключениях в связи с применением иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции в порядке обычного исполнения их судебных функций, и

Micaela Frulli, *Immunità e crimini internazionali: l'esercizio della giurisdizione penale e civile nei confronti degli organi statali sospetati di gravi crimini internazionali*, Turin, Giappichelli, 2007; Michael J. Kelly, *Nowhere to hide. Defeat of the sovereign immunity defense for crimes of genocide and the trials of Slobodan Milosevic and Saddam Hussein*, Nueva York, Peter Lang, 2005; León Otshudi Okondjo Wonyangondo, *L'immunité de juridiction pénale des dirigeants étrangers accusés des crimes contre l'humanité*, Publibook, 2009; Ramona Pedretti, *Immunity of Heads of State and State officials for International Crimes*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2015; Yitiha Simbeye, *Immunity and International Criminal Law*, Aldershot, Ashgate, 2004; Rosanne Van Alebeek, *The immunity of States and their officials in international criminal law and international human rights law*, Oxford, Oxford University Press, 2008; Joe Verhoeven (ed.), *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?*, Bruselas, Larcier, 2004. Что касается общих трудов, касающихся иммунитета государства и должностных лиц государства, в которых затрагивается тема ограничений и исключения, см.: Joanne Foakes, *The position of heads of State and senior officials in international law*, Oxford, Oxford University Press, 2014; Hazel Fox y Philippa Webb, *The Law of State Immunity*, 3.^a ed. rev y act., Oxford, Oxford University Press, 2013.

²⁸ См. следующие резолюции: Las inmunidades de jurisdicción y ejecución del jefe de Estado y de gobierno en derecho internacional, sesión de Vancouver, 2001 (статьи 11, пункты 1.b и 3; и 13, пункт 2) (*Annuaire*, vol. 69, París, Pedone, 2001); La jurisdicción universal en materia penal respecto del crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, sesión de Cracovia, 2005 (статья 6) (*Annuaire*, vol. 71, t. II, París, Pedone 2005); La inmunidad de jurisdicción del Estado y sus agentes en el caso de los crímenes internacionales, sesión de Nápoles, 2009 (статьи II. 2 и 3, и III.1) (*Annuaire*, vol. 73, t. I y II, París, Pedone, 2009); и La jurisdicción universal civil en materia de reparación por crímenes internacionales, sesión de Tallin, 2015 (статья 5).

²⁹ См., в особенности, принцип 5, озаглавленный «Иммуниеты». Princeton Project on Universal Jurisdiction. The Princeton Principles on Universal Jurisdiction, Princeton (Нueva Jersey), Program in Law and Public Affairs, 2001.

³⁰ *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, постановление от 21 ноября 2001 года, иск № 35763/97, Recueil des arrêts et décisions 2001-XI; *Jones et autres c. Royaume-Uni*, постановление от 2 июня 2014 года. См. также пункты 87–95 ниже.

³¹ *Immunités juridictionnelles de l'État (Alemania c. Italia - Grecia (interviniente))*, fallo, C.I.J. Recueil 2012, pág. 99 (см. также C.I.J. Resúmenes 2008-2012, pág. 300). См. также пункты 61–86 ниже.

некоторые из них оказали значительное социальное и медийное воздействие и активно дебатировались в ходе дискуссий по вопросам права и в юридической литературе. Несомненно, дело *Пиночета*, к которому были причастны суды Испании и Великобритании, может рассматриваться как отправной пункт нынешних прений по вопросу об иммунитетах должностных лиц государства и исключениях из этих иммунитетов. В связи с этим же вопросом данную проблему осложняют два недавних решения, вынесенных национальными судами. Первым из них является решение Конституционного суда Италии от 22 октября 2014 года об исполнении в Италии приговора Международного Суда по делу *О юрисдикционных иммунитетах государства*³². Вторым является постановление, вынесенное в феврале сего года Верховным апелляционным судом Южной Африки по делу, касающемуся просьбы об аресте президента аль-Башира на основании ордера Международного уголовного суда³³. Наконец, нельзя забывать и о том, что тема ограничений и исключений составляет суть недавних изменений в международной уголовной юрисдикции, хорошим примером которых являются различные решения, принятые в рамках Африканского союза, и в особенности принятие протокола о внесении изменений в Протокол о Статуте Африканского суда по правам человека, на основании которого в Суде создана Секция по международному уголовному праву³⁴.

14. Следовательно, вся работа Комиссии по вопросу об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции была бы неполной без изучения применимых к нему ограничений и исключений. Однако такой анализ не может ограничиваться только вопросом об отношениях между международными преступлениями и иммунитетом должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, несмотря на то, что этот вопрос, вне всякого сомнения, представляет собой центральный и самый спорный аспект данной проблемы. Напротив, практика предлагает другие примеры, которые должны также быть рассмотрены под углом зрения ограничений и исключений из иммунитета. Помимо этого, настоящий доклад должен также учитывать целый ряд вопросов, общих по своей сфере применения, без которых рассмотрение ограничений и исключений из иммунитета было бы неполным. Таким образом, главной целью доклада является комплексное рассмотрение проблематики ограничений и исключений из иммунитета, отталкиваясь от вводного анализа предыдущей работы Комиссии на протяжении последних пятилетних периодов.

³² Постановление № 238/2014.

³³ См. постановление по делу *Minister of Justice and Constitutional Development and Others v. Southern Africa Litigation Center and Others* (867/15) [2016] ZASCA 17 (15 марта 2016 года). Указанное постановление вынесено в ответ на поданную правительством Южной Африки апелляцию против постановления, вынесенного Верховным судом Южной Африки (провинция Гаутенг, Претория) 23 июня 2015 года по делу 27740/2015 *Southern Africa Litigation Center v Minister of Justice and Constitutional Development and Others*.

³⁴ Протокол с поправками к Протоколу о Статуте Африканского суда по правам человека (Малабо, 27 июня 2014 года). <http://www.au.int/en/treaties>. Протокол, известный как Протокол Малабо, был принят на двадцать третьей очередной сессии Ассамблеи Африканского союза. Пока он не вступил в силу.

В. Более раннее рассмотрение Комиссией вопроса об ограничениях и исключениях из иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции

15. Ограничения и исключения из иммунитета составляют, несомненно, один из центральных вопросов, на который должна дать ответ Комиссия в своей работе по данной теме. Именно он, вне всяких сомнений, является наиболее чувствительным в политическом отношении вопросом. Поэтому неудивительно, что вопрос об ограничениях и исключениях фигурирует в различных докладах, представленных на рассмотрение Комиссии, и стал объектом продолжающейся дискуссии в Комиссии, причем в такой степени, что некоторые из ее членов считают, что в действительности этот вопрос представляет собой непосредственную, если не единственную, цель данной темы. О большом значении, которое придается этому вопросу, свидетельствуют также заявления государств в Шестом комитете, постоянно ссылающихся на ограничения и исключения из иммунитета в связи с ежегодным рассмотрением доклада КМП, а также письменные материалы, представляемые государствами в ответ на поставленные Комиссией вопросы.

16. По сути дела, следует помнить о том, что вопрос об ограничениях и исключениях из иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции был предметом детального анализа в меморандуме Секретариата³⁵, а также во втором докладе бывшего Специального докладчика г-на Колодкина, который посвятил целый раздел тематическому исследованию исключений из иммунитета³⁶. Исходя из этого исследования, г-н Колодкин сделал вывод о том, что в современном международном праве не существует никакой сложившейся нормы (или тенденции к формированию такой нормы), которая позволила бы говорить о существовании исключений, применимых к иммунитету, за единственным исключением, касающимся вреда, причиненного непосредственно на территории государства суда, когда оно не давало согласия на осуществление такой деятельности или на присутствие на своей территории иностранного должностного лица³⁷. К этому он добавил, что нежелательно устанавливать новые ограничения на иммунитет, пусть даже за пределами *de lege ferenda*, поскольку это может приводить к нарушениям стабильности международных отношений, и одновременно он выразил сомнения относительно их воздействия на борьбу с безнаказанностью³⁸.

17. Со своей стороны, Специальный докладчик в своем предварительном докладе отметила отсутствие в Комиссии консенсуса относительно проблематики ограничений и исключений из иммунитета, одновременно обратив внимание на необходимость анализа этой темы в течение нынешнего пятилетнего периода в целях установления того, какое место могут занимать исключения из иммунитета, особенно в случае международных преступлений, в определении правового режима, применимого как к иммунитету *ratione personae*, так и к иммунитету *ratione materiae*. Помимо этого, была отмечена необходимость рассмотрения этого вопроса в свете правовых ценностей и принципов, на которых

³⁵ См. *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть первая) (добавление 2), документ A/CN.4/596, пункты 67–87, 141–153 и 180–212.

³⁶ Документ A/CN.4/631, стр. 31–61.

³⁷ Там же, пункт 90.

³⁸ Там же, пункты 91 и 92.

сказывается иммунитет, как с точки зрения ценностей, охраняемых суверенитетом (суверенное равенство государств, стабильность международных отношений), так и с точки зрения других ценностей и правовых принципов, которые могут оказаться затронутыми действием иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции. Наконец, в указанном докладе была также подтверждена необходимость заняться темой иммунитета, включая вопрос об исключениях, с точки зрения одновременно и *lex ferenda*, и *lex lata*, тем самым принимая во внимание двуединый мандат Комиссии, который включает как кодификацию, так и прогрессивное развитие международного права³⁹.

18. В своих последующих докладах Специальный докладчик не затрагивала непосредственно тему ограничений и исключений из иммунитета, хотя в трех докладах, представленных на рассмотрение Комиссии в 2013, 2014 и 2015 годах, она высказала оговорку относительно последующего рассмотрения этого вопроса. Соответственно, никакие аналитические выкладки, содержащиеся в указанных докладах, и никакие из включенных в них проектов статей не могут истолковываться как какое-то суждение относительно существования или несуществования исключений из иммунитета⁴⁰. С другой стороны, следует напомнить, что в четвертом докладе была косвенным образом проанализирована проблематика ограничений и исключений из иммунитета в связи с исследованием концепции «действия, совершенного в официальном качестве» и уже были упомянуты некоторые элементы, являющиеся предметом дальнейшей проработки в настоящем докладе⁴¹.

19. Вся та работа, о которой было только что сказано, составляет рамки, в которых вплоть до настоящего времени в Комиссии проходили прения по вопросу ограничений и исключений из иммунитета. Хотя этот вопрос будет затронут вновь, на этот раз в виде тематического исследования, в связи с рассмотрением настоящего, пятого доклада в ходе нынешней сессии, сейчас было бы полезно напомнить те вопросы и аргументы, которые члены Комиссии высказывали по этой тематике вплоть до настоящего времени. Эти аргументы можно резюмировать следующим образом:

а) хотя некоторые члены Комиссии говорили об отсутствии исключений из иммунитета, они составляют меньшинство⁴². Напротив, значительное число членов Комиссии признавали, что в некоторых случаях применение иммунитета является невозможным, хотя их позиции не являются полностью совпадающими во всех отношениях⁴³;

б) совершение международных преступлений рассматривается как главная ситуация, в которой иммунитет не будет применим. Наряду с этим

³⁹ Документ A/CN.4/654, пункты 68 и 72. См. также пункты 21, 34 и 45.

⁴⁰ Документ A/CN.4/661, пункты 18, 55 и 73; документ A/CN.4/673, пункт 15; и документ A/CN.4/686, пункты 20 и 133.

⁴¹ Документ A/CN.4/686, пункты 121–126 и 137–138.

⁴² См. A/CN.4/SR.3145. Следует иметь в виду, что здесь цитируются краткие отчеты Комиссии, в которых делаются ссылки на темы, упоминаемые в тексте. Та же самая модель используется и в последующих сносках.

⁴³ См. *Ежегодник... 2008 год*, том I, 2983–2985-е и 2987-е заседания; см. также A/CN.4/SR.3086–A/CN.4/SR.3088, A/CN.4/SR.3113–A/CN.4/SR.3115, A/CN.4/SR.3143–A/CN.4/SR.3145, A/CN.4/SR.3164–A/CN.4/SR.3168, A/CN.4/SR.3217, A/CN.4/SR.3219 и A/CN.4/SR.3220, A/CN.4/SR.3273 и A/CN.4/SR.3275.

члены Комиссии упоминали и другие примеры исключений или ограничений, среди которых следует отметить действия *ultra vires*, действия *iuri gestionis*, осуществление функций якобы официального характера, но идущих исключительно на благо должностного лица государства (в особенности действия, связанные с коррупцией и незаконным присвоением государственных средств), и ситуации, в которых действие должностного лица причиняет вред физическим лицам или имуществу на территории государства суда, которые обычно называют «территориальным исключением» (по-английски *tort exception*)⁴⁴;

с) характеристика того или иного поведения как противоречащего *ius cogens* была подтверждена некоторыми членами Комиссии как основание для ограничений и исключений из иммунитета. Однако этот аргумент выдвигался не как самостоятельный и абсолютный критерий, а только в отношении борьбы против безнаказанности в случае международных преступлений, в отношении серьезных нарушений прав человека и в отношении защиты основополагающих ценностей современного международного права⁴⁵;

d) международными преступлениями, по мнению большинства, являются преступление геноцида, преступления против человечности, военные преступления и преступление агрессии⁴⁶. Один из членов Комиссии сослался просто на преступления, перечисленные в Римском статуте Международного уголовного суда⁴⁷, как на критерий, указывающий на преступления, общепризнанные в качестве таковых международным сообществом⁴⁸;

e) международные преступления упоминались некоторыми членами Комиссии как исключения из иммунитета⁴⁹, в то время как, по мнению других, они являются актами, которые ни в коем случае не могут совершаться как часть функций государства, и поэтому их даже не следует рассматривать как действия, совершенные в официальном качестве⁵⁰. В обоих случаях, однако, когда члены Комиссии формулировали эти аргументы, они это делали с целью исключить применение норм, связанных с иммунитетом должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции;

f) за некоторыми исключениями, большинство членов Комиссии, высказывавших свое мнение по этому вопросу, заявляли, что исключения из иммунитета не применяются к лицам, которые пользуются иммунитетом *ratione personae* (глава государства, глава правительства и министр иностранных дел),

⁴⁴ См. *Ежегодник... 2008 год*, том I, 2983–2985-е заседания; см. также A/CN.4/SR.3086–A/CN.4/SR.3088, A/CN.4/SR.3115, A/CN.4/SR.3144 и A/CN.4/SR.3145, A/CN.4/SR.3167 и A/CN.4/SR.3275.

⁴⁵ См. A/CN.4/SR.3086 – A/CN.4/3088 и A/CN.4/SR.3145.

⁴⁶ См. *Ежегодник... 2008 год*, том I, 2984-е заседание; см. также A/CN.4/SR.3087 и A/CN.4/SR.3088, A/CN.4/SR.3145 и A/CN.4/SR.3275.

⁴⁷ Римский статут Международного уголовного суда (Рим, 17 июля 1998 года). Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2187, núm. 38544, pág. 308.

⁴⁸ См. A/CN.4/SR.3087, A/CN.4/SR.3145 и A/CN.4/SR.3164.

⁴⁹ См. *Ежегодник... 2008 год*, том I, 2983–2984-е заседания; см. также A/CN.4/SR.3086–A/CN.4/SR.3088, A/CN.4/SR.3115, A/CN.4/SR.3144 и A/CN.4/SR.3145.

⁵⁰ См. *Ежегодник... 2008 год*, том I, 2985-е заседание; см. также A/CN.4/SR.3274 и A/CN.4/SR.3275.

в период осуществления ими таких функций. Однако они применяются после того, как они завершили выполнение своих полномочий⁵¹;

g) значительное число членов Комиссии считают, что иммунитет *ratione materiae* действительно подпадает под упомянутые ранее исключения и ограничения⁵²;

h) некоторые члены Комиссии заявили, что не существует никакой нормы международного права, касающейся исключений из иммунитета, и что международная практика является ограниченной и непоследовательной. Поэтому КМП либо не может принимать исключения во внимание, либо должен заниматься ими благоразумно и осторожно⁵³;

i) с другой стороны, те, кто выступает в пользу существования исключений и ограничений, считают, что либо вполне возможно установить существование норм, допускающих исключения, либо, хотя ее наличие было бы спорным на уровне обычного права, можно установить явную и усиливающую тенденцию в пользу исключений из иммунитета, в частности в случае международных преступлений⁵⁴. Наряду с этим они указывали на то, что непоследовательный и неубедительный характер практики нельзя рассматривать только с точки зрения недопущения исключений из иммунитета. Соответственно, Комиссия может заниматься ими при осуществлении своего мандата, который включает как кодификацию, так и прогрессивное развитие международного права. В этой связи некоторые члены Комиссии обратили внимание на то обстоятельство, что именно отсутствие последовательной и убедительной практики позволяет Комиссии отдать предпочтение варианту учета исключений, особенно с целью обеспечить согласованность проектов статей с другими правовыми нормами и принципами, воплощенными в современном международном праве, которое следует рассматривать в качестве единого свода нормативных положений⁵⁵;

j) в целом, члены Комиссии признали необходимость сохранения достижений последних десятилетий в области международного уголовного права, в особенности в отношении усиления борьбы с безнаказанностью в качестве одной из целей международного сообщества. Вместе с тем члены Комиссии сделали неодинаковые выводы из этого утверждения. Так, некоторые подчеркивали тот факт, что безнаказанность и иммунитет являются разными категориями и что иммунитет имеет исключительно процессуальный характер, не затрагивая существа, вследствие чего отсутствие исключений никоим образом не сказывается на борьбе с безнаказанностью. Другие, напротив, отмечали, что при определенных обстоятельствах иммунитет может иметь коннотации или последствия, относящиеся к существу, и их результатом будет невозможность практической реализации индивидуальной уголовной ответственности. В этом

⁵¹ См. *Ежегодник... 2008 год*, том I, 2983-е и 2984-е заседания; см. также A/CN.4/SR.3087, A/CN.4/SR.3088, A/CN.4/SR.3113, A/CN.4/SR.3143, A/CN.4/SR.3144, A/CN.4/SR.3145.

⁵² См. A/CN.4/SR.3086–A/CN.4/SR.3088, A/CN.4/SR.3144 и A/CN.4/SR.3145, A/CN.4/SR.3167, A/CN.4/SR.3219 и A/CN.4/SR.3275.

⁵³ См. A/CN.4/SR.3086, A/CN.4/SR.3143 и A/CN.4/SR.3144 и A/CN.4/SR.3167.

⁵⁴ См. A/CN.4/SR.3086 и A/CN.4/SR.3087, A/CN.4/SR.3143–A/CN.4/SR.3145, A/CN.4/SR.3165 и A/CN.4/SR.3274.

⁵⁵ См. *Ежегодник... 2008 год*, том I, 2984-е заседание; см. также A/CN.4/SR.3087 и A/CN.4/SR.3088, A/CN.4/SR.3115 и A/CN.4/SR.3167.

смысле определение ограничений и исключений из иммунитета представляет собой обязательное требование для гарантирования того, чтобы иммунитет не превратился в определенную форму безнаказанности⁵⁶;

к) наконец, необходимо отметить, что некоторые члены Комиссии, выступавшие за существование исключений, говорили о необходимости того, чтобы исключения сопровождалось признанием процессуальных гарантий, не допускающих их ненадлежащего использования⁵⁷.

20. Помимо этих внутренних обсуждений, необходимо обратить внимание на тот факт, что при анализе работы Комиссии над этой темой государства про-странно ссылались на вопрос об ограничениях и исключениях из иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции как в рамках прений в Шестом комитете, так и в письменных материалах, представленных в ответ на поставленные Комиссией вопросы. Анализ позиций государств позволяет сделать следующие выводы:

а) государства придают большое значение вопросам, касающимся ограничений и исключений из иммунитета, на которые делались постоянные ссылки с 2008 года, когда были проведены первые обсуждения по теме, касающейся иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции⁵⁸. Помимо этого, определенное число государств обращали вни-

⁵⁶ См. *Ежегодник... 2008 год*, том I, 2984, 2985 и 2987-е заседания; см. также A/CN.4/SR.3145, A/CN.4/SR.3165, A/CN.4/SR.3217 и A/CN.4/SR.3275.

⁵⁷ См. A/CN.4/SR.3168 и A/CN.4/SR.3275.

⁵⁸ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Шестой комитет*, Германия, 18-е заседание (A/C.6/68/SR.18), там же, *семидесятая сессия, Шестой комитет*, 24-е заседание (A/C.6/70/SR.24), там же, *шестьдесят шестая сессия, Шестой комитет*, 24-е заседание (A/C.6/66/SR.24); Алжир, там же, *шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 24-е заседание (A/C.6/67/SR.24); Австрия, там же, *шестьдесят восьмая сессия, Шестой комитет*, 17-е заседание (A/C.6/68/SR.17), там же, *шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 23-е заседание (A/C.6/63/SR.23), там же, *шестьдесят шестая сессия, Шестой комитет*, 26-е заседание (A/C.6/66/SR.26), там же, *шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 20-е заседание (A/C.6/67/SR.20), там же, *семидесятая сессия, Шестой комитет*, 24-е заседание (A/C.6/70/SR.24); Беларусь, там же, *шестьдесят шестая сессия, Шестой комитет*, 27-е заседание (A/C.6/66/SR.27), там же, *шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 21-е заседание (A/C.6/67/SR.21), там же, *шестьдесят восьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/68/SR.18); Бельгия, там же, *шестьдесят шестая сессия, Шестой комитет*, 26-е заседание (A/C.6/66/SR.26); Канада, там же, *шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 20-е заседание (A/C.6/67/SR.20); Чили, там же, *шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 20-е заседание (A/C.6/67/SR.20), там же, *шестьдесят восьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/68/SR.18); Китай, там же, *шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 23-е заседание (A/C.6/63/SR.23), там же, *шестьдесят шестая сессия, Шестой комитет*, 27-е заседание (A/C.6/66/SR.27), там же, *шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 21-е заседание (A/C.6/67/SR.21), там же, *шестьдесят восьмая сессия, Шестой комитет*, 19-е заседание (A/C.6/68/SR.19), там же, *шестьдесят девятая сессия, Шестой комитет*, 23-е заседание A/C.6/69/SR.23; Хорватия, там же, *семидесятая сессия, Шестой комитет*, 24-е заседание (A/C.6/70/SR.24); Дания, там же, *шестьдесят девятая сессия, Шестой комитет*, 22-е заседание (A/C.6/69/SR.22); Словения, там же, *шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 22-е заседание (A/C.6/67/SR.22), там же, *семидесятая сессия, Шестой комитет*, 24-е заседание (A/C.6/70/SR.24); Испания, там же, *шестьдесят шестая сессия, Шестой комитет*, 27-е заседание (A/C.6/66/SR.27), там же, *шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 22-е заседание (A/C.6/67/SR.22), там же, *шестьдесят восьмая сессия, Шестой комитет*, 17-е заседание (A/C.6/68/SR.17); Соединенные Штаты, там же, *шестьдесят девятая сессия,*

мание на необходимость осторожного подхода к этому вопросу⁵⁹, причем некоторые делегации делали упор на необходимости заняться в первую очередь существующим правом (*lex lata*), с тем чтобы потом заняться предложениями о прогрессивном развитии права (*lex ferenda*), хотя и следует также указать на то, что нет четкого совпадения во мнениях, выраженных государствами в отношении того, какие вопросы, касающиеся исключений, входят в каждую из двух категорий⁶⁰;

б) исключения из иммунитета рассматривались государствами с двух различных точек зрения, а именно: их воздействие на ту цель, которой добиваются иммунитеты, с одной стороны, и их взаимосвязь с усилиями по борьбе

(A/C.6/63/SR.24), там же, *шестьдесят восьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/68/SR.18); Республика Корея, там же, *шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 21-е заседание (A/C.6/67/SR.21), там же, *шестьдесят восьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/68/SR.18); Республика Конго, там же, *шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 21-е заседание (A/C.6/67/SR.21); Сингапур, там же, *шестьдесят восьмая сессия, Шестой комитет*, 17-е заседание (A/C.6/68/SR.17); Шри-Ланка, там же, *шестьдесят шестая сессия, Шестой комитет*, 27-е заседание (A/C.6/66/SR.27); Южная Африка, там же, *шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 21-е заседание (A/C.6/67/SR.21), там же, *шестьдесят восьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/68/SR.18); Судан, там же, *шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 25-е заседание (A/C.6/63/SR.25); Швейцария, там же, *шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 24-е заседание (A/C.6/63/SR.24), там же, *шестьдесят шестая сессия, Шестой комитет*, 26-е заседание (A/C.6/66/SR.26), там же, *шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 21-е заседание (A/C.6/67/SR.21); Таиланд, там же, *шестьдесят девятая сессия, Шестой комитет*, 24-е заседание (A/C.6/69/SR.24), Вьетнам, там же, *семидесятая сессия, Шестой комитет*, 25-е заседание (A/C.6/70/SR.25).

⁵⁹ Китай, там же, *шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 23-е заседание (A/C.6/63/SR.23), там же, *шестьдесят восьмая сессия, Шестой комитет*, 19-е заседание (A/C.6/68/SR.19), там же, *шестьдесят девятая сессия, Шестой комитет*, 23-е заседание (A/C.6/69/SR.23); Куба, там же, *шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 22-е заседание (A/C.6/67/SR.22), там же, *шестьдесят восьмая сессия, Шестой комитет*, 19-е заседание (A/C.6/68/SR.19), там же, *шестьдесят девятая сессия, Шестой комитет*, 23-е заседание (A/C.6/69/SR.23), там же, *семидесятая сессия, Шестой комитет*, 24-е заседание (A/C.6/70/SR.24); Сальвадор, там же, *шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 23-е заседание (A/C.6/63/SR.23); Российская Федерация, там же, *шестьдесят шестая сессия, Шестой комитет*, 27-е заседание (A/C.6/66/SR.27); Израиль, там же, *семидесятая сессия, Шестой комитет*, 25-е заседание (A/C.6/70/SR.25); Перу, там же, *шестьдесят шестая сессия, Шестой комитет*, 26-е заседание (A/C.6/66/SR.26); Республика Корея, там же, *шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 21-е заседание (A/C.6/67/SR.21); Румыния, там же, *семидесятая сессия, Шестой комитет*, 24-е заседание (A/C.6/70/SR.24); Вьетнам, там же, *шестьдесят девятая сессия, Шестой комитет*, 25-е заседание (A/C.6/69/SR.25).

⁶⁰ Австрия, там же, *шестьдесят шестая сессия, Шестой комитет*, 26-е заседание (A/C.6/66/SR.26); Беларусь, там же, *шестьдесят шестая сессия, Шестой комитет*, 27-е заседание (A/C.6/66/SR.27); Российская Федерация, там же, *шестьдесят шестая сессия, Шестой комитет*, 27-е заседание (A/C.6/66/SR.27), там же, *шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 22-е заседание (A/C.6/67/SR.22); Франция, там же, *шестьдесят шестая сессия, Шестой комитет*, 20-е заседание (A/C.6/66/SR.20); Иран (Исламская Республика), там же, *шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 27-е заседание (A/C.6/66/SR.27); Мексика, там же, *шестьдесят шестая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/66/SR.18).

с безнаказанностью в случае самых тяжелых международных преступлений, с другой⁶¹;

с) что касается первой постановки вопроса, то некоторые государства предупреждали о том ущербе, который признание того или иного типа исключений может причинить осуществлению чисто государственных функций, об опасности выдвижения политически мотивированных требований и о том вреде, который ограничение иммунитета может нанести стабильности межгосударственных отношений⁶²;

д) что же касается второго подхода, то другие государства обращали внимание на необходимость учитывать изменения, которые произошли в международном уголовном праве в последние десятилетия, а также на необходимость того, чтобы Комиссия занялась темой иммунитета в целом и исключений в частности так, чтобы это согласовывалось с остальными действующими нормами и принципами современного международного права. Эти государства указывали, в особенности, на необходимость того, чтобы рассмотрение исключений не ставило под угрозу достижения в области международного уголовного права, включая те, которые стали возможными в процессе создания и учреждения международных уголовных трибуналов⁶³. По мнению этих государств,

⁶¹ Чили, там же, *шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 20-е заседание (A/C.6/67/SR.20), там же, *шестьдесят девятая сессия, Шестой комитет*, 24-е заседание (A/C.6/69/SR.24); Дания (от имени стран Северной Европы), там же, *шестьдесят девятая сессия, Шестой комитет*, 22-е заседание (A/C.6/69/SR.22); Индонезия, там же, *шестьдесят шестая сессия, Шестой комитет*, 24-е заседание (A/C.6/66/SR.24); Ямайка, там же, *шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 24-е заседание (A/C.6/63/SR.24); Япония, там же, *шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 23-е заседание (A/C.6/63/SR.23); Мексика, там же, *шестьдесят шестая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/66/SR.18); Норвегия, там же, *шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 23-е заседание (A/C.6/63/SR.23), там же, *шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 20-е заседание (A/C.6/67/SR.20), там же, *шестьдесят восьмая сессия, Шестой комитет*, 17-е заседание (A/C.6/68/SR.17), там же, *семидесятая сессия, Шестой комитет*, 23-е заседание (A/C.6/70/SR.23); Новая Зеландия, там же, *шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 24-е заседание (A/C.6/63/SR.24), там же, *шестьдесят шестая сессия, Шестой комитет*, 27-е заседание (A/C.6/66/SR.27); Португалия, там же, *шестьдесят шестая сессия, Шестой комитет*, 27-е заседание (A/C.6/66/SR.27); Республика Корея, там же, *шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 21-е заседание (A/C.6/67/SR.21), там же, *шестьдесят восьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/68/SR.18); Южная Африка, там же, *шестьдесят восьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/68/SR.18); Таиланд, там же, *шестьдесят восьмая сессия, Шестой комитет*, 19-е заседание (A/C.6/68/SR.19).

⁶² Алжир, там же, *шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 22-е заседание (A/C.6/67/SR.22); Китай, там же, *шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 23-е заседание (A/C.6/63/SR.23), там же, *шестьдесят шестая сессия, Шестой комитет*, 27-е заседание (A/C.6/66/SR.27); Новая Зеландия, там же, *шестьдесят шестая сессия, Шестой комитет*, 27-е заседание (A/C.6/66/SR.27); Куба, там же, *шестьдесят шестая сессия, Шестой комитет*, 27-е заседание (A/C.6/66/SR.27).

⁶³ Словения, там же, *семидесятая сессия, Шестой комитет*, 24-е заседание (A/C.6/70/SR.24), Норвегия (от имени стран Северной Европы), там же, *шестьдесят шестая сессия, Шестой комитет*, 26-е заседание (A/C.6/66/SR.26), там же, *шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 20-е заседание (A/C.6/67/SR.20).

международные преступления должны рассматриваться, *prima facie*, как исключения из иммунитета⁶⁴;

е) за некоторыми исключениями, государства настаивали на полном и абсолютном характере иммунитета *ratione personae*, которым пользуются глава государства, глава правительства и министр иностранных дел и который не будет подпадать под какие-либо исключения, включая международные преступления, пока вышеуказанные мандатарии продолжают осуществлять свои функции⁶⁵;

⁶⁴ Республика Корея, там же, *шестьдесят восьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/68/SR.18); Канада, там же, *шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 20-е заседание (A/C.6/67/SR.20); Япония, там же, *шестьдесят девятая сессия, Шестой комитет*, 23-е заседание (A/C.6/69/SR.23); Норвегия (от имени стран Северной Европы), там же, *шестьдесят шестая сессия, Шестой комитет*, 26-е заседание (A/C.6/66/SR.26); Нидерланды, там же, *шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 21-е заседание (A/C.6/67/SR.21), там же, *шестьдесят девятая сессия, Шестой комитет*, 23-е заседание (A/C.6/69/SR.23); Польша, там же, *шестьдесят девятая сессия, Шестой комитет*, 23-е заседание (A/C.6/69/SR.23); Республика Конго, там же, *шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 21-е заседание (A/C.6/67/SR.21).

⁶⁵ Германия, там же, *шестьдесят восьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/68/SR.18); Австрия, там же, *шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 20-е заседание (A/C.6/67/SR.20), там же, *шестьдесят восьмая сессия, Шестой комитет*, 17-е заседание (A/C.6/68/SR.17); Беларусь, там же, *шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 21-е заседание (A/C.6/67/SR.21), там же, *шестьдесят шестая сессия, Шестой комитет*, 27-е заседание (A/C.6/66/SR.27); Чили, там же, *шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 20-е заседание (A/C.6/67/SR.20); Китай, там же, *шестьдесят шестая сессия, Шестой комитет*, 27-е заседание (A/C.6/66/SR.27); там же, *шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 22-е заседание Словения (A/C.6/67/SR.22); Испания, там же, *шестьдесят восьмая сессия, Шестой комитет*, 17-е заседание (A/C.6/68/SR.17); Соединенные Штаты, там же, *шестьдесят девятая сессия, Шестой комитет*, 24-е заседание (A/C.6/69/SR.24); Греция, там же, *шестьдесят восьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/68/SR.18); Венгрия, там же, *шестьдесят шестая сессия, Шестой комитет*, 19-е заседание (A/C.6/66/SR.19); Индонезия, там же, *шестьдесят шестая сессия, Шестой комитет*, 24-е заседание (A/C.6/66/SR.24); Ирландия, там же, *шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 21-е заседание (A/C.6/67/SR.21), там же, *шестьдесят восьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/68/SR.18); Ямайка, там же, *шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 24-е заседание (A/C.6/63/SR.24) там же, *шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 22-е заседание (A/C.6/67/SR.22); Малайзия, там же, *шестьдесят восьмая сессия, Шестой комитет*, 19-е заседание (A/C.6/68/SR.19); Нидерланды, там же, *шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 21-е заседание (A/C.6/67/SR.21), там же, *шестьдесят восьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/68/SR.18); Перу, там же, *шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 21-е заседание (A/C.6/67/SR.21); Чешская Республика, там же, *шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 24-е заседание (A/C.6/63/SR.24); Республика Корея, там же, *шестьдесят восьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/68/SR.18), там же, *шестьдесят девятая сессия, Шестой комитет*, 25-е заседание (A/C.6/69/SR.25); Республика Конго, там же, *шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 21-е заседание (A/C.6/67/SR.21); Шри-Ланка, там же, *шестьдесят шестая сессия, Шестой комитет*, 27-е заседание (A/C.6/66/SR.27); Швейцария, там же, *шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 24-е заседание (A/C.6/63/SR.24). Против абсолютного характера иммунитета *ratione personae*, как представляется, выступают: Португалия, там же, *шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 25-е заседание (A/C.6/63/SR.25), там же, *шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 21-е заседание (A/C.6/67/SR.21), там же, *шестьдесят шестая сессия, Шестой комитет*, 27-е заседание (A/C.6/66/SR.27); Италия, там же, *шестьдесят шестая*

f) вместе с тем немало государств высказывались в поддержку существования различных исключений из иммунитета *ratione materiae*. Такое исключение проявляется, по сути дела, в совершении самых серьезных преступлений, вызывающих тревогу у международного сообщества в его совокупности⁶⁶, хотя некоторые государства ссылались на другие исключения из иммунитета, такие как акты саботажа, шпионаж или иные виды ущерба, причиняемого должностным лицом иностранного государства на территории государства суда⁶⁷;

g) если говорить о международных преступлениях, то государства упоминали в особенности преступление геноцида, преступления против человечности, военные преступления и серьезные нарушения международного гуманитарного права, пытки и насильственное исчезновение⁶⁸;

h) совершение международных преступлений рассматривалось некоторыми государствами как исключение, уже закрепленное в современном международном праве, в то время как другие государства настаивали на том, что

сессия, Шестой комитет, 26-е заседание (A/C.6/66/SR.26), и Мексика, там же, шестьдесят шестая сессия, Шестой комитет, 18-е заседание (A/C.6/66/SR.18).

⁶⁶ Австрия, там же, *шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет, 20-е заседание (A/C.6/67/SR.20)*; Канада, там же, *шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет, 20-е заседание (A/C.6/67/SR.20)*; Чили, там же, *шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет, 20-е заседание (A/C.6/67/SR.20)*; Хорватия, там же, *семидесятая сессия, Шестой комитет, 24-е заседание (A/C.6/70/SR.24)*; Дания (от имени стран Северной Европы), там же, *шестьдесят девятая сессия, Шестой комитет, 22-е заседание (A/C.6/69/SR.22)*; Словения, там же, *шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет, 22-е заседание (A/C.6/67/SR.22)*; Греция, там же, *шестьдесят восьмая сессия, Шестой комитет, 18-е заседание (A/C.6/68/SR.18)*; Норвегия (от имени стран Северной Европы), там же, *шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет, 27-е заседание (A/C.6/67/SR.27)*, там же, *семидесятая сессия, Шестой комитет, 23-е заседание (A/C.6/70/SR.23)*; Новая Зеландия, там же, *шестьдесят шестая сессия, Шестой комитет, 27-е заседание (A/C.6/66/SR.27)*, там же, *шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет, 22-е заседание (A/C.6/67/SR.22)*; Нидерланды там же, *шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет, 21-е заседание (A/C.6/67/SR.21)*, там же, *шестьдесят девятая сессия, Шестой комитет, 23-е заседание (A/C.6/69/SR.23)*; Перу, там же, *шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет, 21-е заседание (A/C.6/67/SR.21)*; Польша, там же, *шестьдесят девятая сессия, Шестой комитет, 23-е заседание (A/C.6/69/SR.23)*, Чешская Республика, там же, *шестьдесят третья сессия, Шестой комитет, 24-е заседание (A/C.6/63/SR.24)*, Республика Конго, там же, *шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет, 21-е заседание (A/C.6/67/SR.21)*. Против рассмотрения международных преступлений в качестве исключений: Китай, там же, *шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет, 21-е заседание (A/C.6/67/SR.21)*.

⁶⁷ Австрия, там же, *шестьдесят третья сессия, Шестой комитет, 23-е заседание (A/C.6/63/SR.23)*; Иран (Исламская Республика), там же, *семидесятая сессия, Шестой комитет, 25-е заседание (A/C.6/70/SR.25)*.

⁶⁸ Китай, там же, *шестьдесят девятая сессия, Шестой комитет, 23-е заседание (A/C.6/69/SR.23)*; Дания (от имени стран Северной Европы), там же, *шестьдесят девятая сессия, Шестой комитет, 22-е заседание (A/C.6/69/SR.22)*; Греция, там же, *шестьдесят восьмая сессия, Шестой комитет, 18-е заседание (A/C.6/68/SR.18)*; Португалия, там же, *шестьдесят восьмая сессия, Шестой комитет, 17-е заседание (A/C.6/68/SR.17)*; Соединенное Королевство, там же, *шестьдесят девятая сессия, Шестой комитет, 23-е заседание (A/C.6/69/SR.23)*, там же, *семидесятая сессия, Шестой комитет, 24-е заседание (A/C.6/70/SR.24)*; Чешская Республика, там же, *шестьдесят девятая сессия, Шестой комитет, 23-е заседание (A/C.6/69/SR.23)*; Южная Африка, там же, *шестьдесят восьмая сессия, Шестой комитет, 18-е заседание (A/C.6/68/SR.18)*; Республика Корея, там же, *шестьдесят третья сессия, Шестой комитет, 23-е заседание (A/C.6/63/SR.23)*.

оно отражает усиливающуюся тенденцию, которую Комиссия не может игнорировать в своей работе⁶⁹;

i) наконец, следует отметить, что государства преимущественно упоминают «исключения из иммунитета», лишь изредка используя термины «пределы» или «ограничения».

21. Эти прецеденты в рассмотрении вопроса об ограничениях и исключениях из иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции были учтены Специальным докладчиком при подготовке настоящего доклада.

Глава II Исследование практики

22. Как уже указывалось в предыдущих докладах, представленных Специальным докладчиком, исследование практики представляет собой обязательную основу ее работы. Исходя из этой методологической предпосылки, на следующих страницах анализируется: договорная практика (раздел А), законодательная практика государств (раздел В), международная (раздел С) и национальная (раздел D) судебная практика, а также иная предшествующая работа Комиссии, имеющая отношение к настоящему докладу (раздел Е).

А. Договорная практика

23. Различные конвенции, проанализированные в предшествующих докладах, также содержат положения, которые могут относиться к теме ограничений и исключений. Однако, как замечание общего порядка, следует предостеречь, что ни в одном из них не используется указанная терминология. Напротив, они касаются этого вопроса в более общем и прагматическом плане, ссылаясь на ситуации, в которых та или иная конвенция либо какие-то из ее положений не применяются.

24. Если начать с конвенций, которые прямо или косвенно регулируют вопросы иммунитета, следует отметить, что те из них, которые предназначены для регулирования осуществления дипломатических функций, не содержат положений, предусматривающих ту или иную форму ограничения или исключения из иммунитета в отношении уголовной юрисдикции. Напротив, иммунитет лиц, за которыми признается право иммунитета, от уголовной юрисдикции понимается в абсолютном выражении, пока соответствующее лицо находится при исполнении своих функций. Так установлено в статье 31, пункт 1, Венской конвенции о дипломатических сношениях⁷⁰, в статье 31, пункт 1, Конвенции о

⁶⁹ Канада, там же, *шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 20-е заседание (A/C.6/67/SR.20); Греция, там же, *шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 20-е заседание (A/C.6/67/SR.20); Португалия, там же, *шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 21-е заседание (A/C.6/67/SR.21).

⁷⁰ Венская конвенция о дипломатических сношениях (Вена, 18 апреля 1961 года). Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 500, núm. 7310, pág. 162.

специальных миссиях⁷¹ и в статьях 30, пункт 1, и 60, пункт 1, Венской конвенции о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера⁷². С другой стороны, стоит указать на то, что упомянутые положения касаются главным образом модели иммунитета *ratione personae* и что поэтому иммунитет распространяется как на действия, совершенные в официальном качестве, так и на действия, совершенные в личном качестве. Что касается первых двух конвенций, однако, то государство суда располагает альтернативным механизмом, который оно может использовать в ситуациях, в которых лицо, пользующееся иммунитетом, совершило или совершает преступление, а именно обозначение лица, о котором идет речь, в качестве «персоны нон грата» или «нежелательной персоны» с последующим обязательством в отношении того, что указанное лицо должно покинуть пределы национальной территории⁷³. Так или иначе, следует напомнить, что указанный иммунитет имеет временной предел и что после прекращения соответствующих функций он перестает быть абсолютным и применяется исключительно к действиям, совершенным в официальном качестве⁷⁴. Вместе с тем эти конвенции не определяют исключений, применимых к этому остаточному иммунитету *ratione materiae*, когда речь идет об уголовной юрисдикции.

25. В свою очередь, Венская конвенция о консульских сношениях⁷⁵ придерживается иного подхода, поскольку режим иммунитетов соответствует модели иммунитета *ratione materiae*, связанного с действиями, присущими консульским функциям, и действует также в случае уголовной юрисдикции⁷⁶, согласно которой консульское должностное лицо и остальные члены консульского учреждения пользуются не абсолютным иммунитетом, а иммунитетом, ограниченным действиями, совершенными в официальном качестве⁷⁷. Наконец, следует отметить, что Конвенция в статье 43.2 (b) устанавливает своего рода «территориальное исключение».

26. Чтобы завершить анализ конвенций, регулирующих вопросы иммунитета, следует напомнить, что для целей настоящего доклада Конвенция Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности⁷⁸ является, в принципе, менее актуальной, чем предшествующие конвенции постольку, поскольку она касается юрисдикционного иммунитета

⁷¹ Конвенция о специальных миссиях (Нью-Йорк, 8 декабря 1969 года). Ibid., vol. 1400, núm. 23431, pág. 297.

⁷² Венская конвенция о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера (Вена, 14 марта 1975 года). Naciones Unidas, *Anuario jurídico* 1975 (núm. de venta: S.77.V.3), pág. 91.

⁷³ См. Венскую конвенцию о дипломатических сношениях, статья 9, пункт 1; и Конвенцию о специальных миссиях, статья 12.

⁷⁴ См. Венскую конвенцию о дипломатических сношениях, статья 39, пункт 2; Конвенцию о специальных миссиях, статья 43, пункт 2; и Венскую конвенцию о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера, статья 38, пункт 2.

⁷⁵ Венская конвенция о консульских сношениях (Вена, 24 апреля 1963 года). Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 596, núm. 8638, pág. 392.

⁷⁶ См. Венскую конвенцию о консульских сношениях, статьи 43 и 53, пункт 4.

⁷⁷ Что касается осуществления уголовной юрисдикции, см. статьи 41, 42 и 63 Конвенции.

⁷⁸ Конвенция Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности (Нью-Йорк, 2 декабря 2004 года). *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят девятая сессия, Дополнение № 49 (A/59/49)*, том I, резолюция 59/38, приложение.

государства, а не иммунитета должностных лиц государства от юрисдикции. К этому следует добавить, что она не применяется к иммунитету от уголовной юрисдикции. Тем не менее эта Конвенция представляет интерес по другим причинам. Во-первых, с методологической точки зрения, следует отметить, что Конвенция не проводит различия между ограничениями и исключениями из иммунитета, регулируя их под общим наименованием «Разбирательства, при которых нельзя сослаться на государственный иммунитет»⁷⁹. Во-вторых, она предусматривает среди этих случаев так называемое «территориальное исключение». И наконец, она не признает никакого исключения или ограничения на основе нарушения норм *ius cogens*.

27. По сути дела, статья 12 Конвенции («Ущерб личности и ущерб собственности») устанавливает следующее:

«Если соответствующие государства не договорились об ином, государство не может сослаться на иммунитет от юрисдикции при разбирательстве в суде другого государства, который обычно обладает компетенцией рассматривать дела, касающиеся денежного возмещения в случае смерти или причинения телесного повреждения какому-либо лицу или нанесения ущерба имуществу или его утраты в результате действия или бездействия, которое предположительно может быть присвоено государству, если такое действие или бездействие имело место полностью или частично на территории этого другого государства и если автор действия или бездействия находился на этой территории в момент этого действия или бездействия».

28. Эта норма имеет прецеденты в Венской конвенции о консульских сношениях⁸⁰ и в Венской конвенции о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера⁸¹. Она была также предусмотрена в Европейской конвенции об иммунитете государств⁸², которая в своей статье 11 устанавливает следующее:

«Договаривающееся Государство не может сослаться на иммунитет от юрисдикции в суде другого Договаривающегося Государства, если судебное разбирательство касается возмещения за телесное повреждение или материальный ущерб, вызванные фактом, имевшим место на территории Государства, где происходит судебное разбирательство, и если лицо, причинившее ущерб, находилось там в тот момент, когда этот факт имел место».

⁷⁹ См. часть III Конвенции, статьи 10–17. Ситуации, о которых идет речь в этой части, соответствуют как категории ограничений, так и категории исключений из иммунитета.

⁸⁰ Статья 43, пункт 2 (b) Конвенции устанавливает исключение в отношении иммунитета от гражданской юрисдикции в случае иска «третьей стороны за вред, причиненный несчастным случаем в государстве пребывания, вызванным дорожным транспортным средством, судном или самолетом».

⁸¹ Статья 60, пункт 4, касающаяся членов делегаций на международных конференциях, гласит: «Ничто в настоящей статье не освобождает таких лиц от гражданской и административной юрисдикции государства пребывания [*sic.*] в отношении исков о возмещении убытков, причиненных несчастным случаем, вызванным транспортным средством, включая судно или летательный аппарат, которым пользуются данные лица или которое принадлежит им, если эти убытки не могут быть возмещены страховщиком».

⁸² Европейская конвенция об иммунитете государств (Базель, 16 мая 1972 года). Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1495, núm. 25699, pág. 181.

29. Статья 12 Конвенции Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности повторяет почти слово в слово текст проекта статьи, принятой в свое время Комиссией⁸³. По мнению Комиссии, вышеупомянутое правило представляет собой изъятие из иммунитета государства от юрисдикции⁸⁴, которое оправдывается применением юрисдикционного принципа *lex loci delicti commissi* и преобладающим значением, которое в таком случае имеет элемент территориальности⁸⁵. Наряду с этим, данное изъятие объясняется необходимостью гарантировать потерпевшим доступ к средствам правовой защиты, что, вероятно, не будет достигнуто, если будет применяться иммунитет⁸⁶. Наконец, следует отметить, что, хотя «территориальное исключение», установленное в Конвенции, предназначается для применения в случае гражданской юрисдикции, Комиссия в своих комментариях указывает, что оно может также использоваться в отношении исков, связанных с «намеренным причинением физического ущерба, например оскорблением или угрозой физическим насилием, злоумышленным причинением ущерба собственности, поджогом или даже убийством, включая политическое убийство»⁸⁷. Если к тому же принять во внимание то, что, по мнению Комиссии, под словами «автор действия» «необходимо понимать агентов или должностных лиц государства, осуществляющих свои должностные функции, и не обязательно само государство в качестве субъекта права»⁸⁸, не следует исключать того, что такого рода исключение может играть определенную роль в рамках иммунитета от уголовной юрисдикции.

30. Возможность включения в Конвенцию о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности исключения, связанного с нарушением норм *ius cogens*, возникла лишь с большим запозданием, под самый конец процесса переговоров по указанной Конвенции, когда Генеральная Ассамблея порекомендовала Комиссии пересмотреть некоторые вопросы, остававшиеся нерешенными в рамках этого процесса; одновременно она просила привести новые элементы, возникшие в практике после принятия ее проектов статей в 1991 году. С этой целью Комиссия создала Рабочую группу, которая в добавлении к своему докладу обратила внимание Генеральной Ассамблеи на

«все чаще высказываемое утверждение о том, что в иммунитете следует отказывать в случае смерти или нанесения телесных повреждений в результате действий государства, совершенных в нарушение норм права, которые имеют характер *ius cogens* и касаются, в частности, запрещения пыток»⁸⁹.

31. Комиссия положила в основу своих комментариев судебную практику, возникшую в предшествующие годы, особенно в связи с делом *Пиночета*, сделав вывод о том, что эти факты «представляют собой последние изменения в

⁸³ См. *Ежегодник ...*, 1991 год, том II (часть вторая), стр. 51.

⁸⁴ Там же, стр. 51, пункт 1 комментария.

⁸⁵ Там же, стр. 51 и 52, пункты 2, 6 и 8 комментария.

⁸⁶ Там же, стр. 51 и 52, пункты 3 и 9 комментария. Комиссия, фактически, заявила, что в этом случае, «если бы государство имело право ссылаться в этом случае на иммунитет от юрисдикции, потерпевший остался бы без средств правовой защиты».

⁸⁷ Там же, стр. 51, пункт 4 комментария.

⁸⁸ Там же, стр. 52, пункт 10 комментария.

⁸⁹ *Ежегодник ... 1999 год*, том II (часть вторая), стр. 202, пункт 3 добавления к докладу Рабочей группы.

области рассмотрения вопроса об иммунитете, которые не следует игнорировать»⁹⁰. Хотя этот вопрос дебатировался в Рабочей группе Шестого комитета, которой было поручено провести заключительные переговоры по будущей Конвенции, данное исключение так и не было включено в нее в силу того, что, «хотя [этот вопрос] и является актуальным, [он] не вписывается» в проект Конвенции, и что, «кроме того, как представляется, он еще не достаточно развит для того, чтобы Рабочая группа могла заняться его кодификацией»⁹¹. Тем не менее некоторые государства сделали при ратификации Конвенции заявления с целью предусмотреть изъятие в отношении международной защиты прав человека в связи с Конвенцией⁹². Так или иначе, прения по этому исключению продолжают до настоящего времени и особенно обострились на основании решения Международного Суда по делу *О юрисдикционных иммунитетах государств*.

32. Наряду с этими конвенциями, непосредственно касающимися иммунитета, также вызывает интерес совокупность договоров, которые относятся к области международного права прав человека и международного уголовного права и которые содержат положения относительно индивидуальной уголовной ответственности, имеющие отношение к целям настоящего доклада. В эту группу входят Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него⁹³, Международная конвенция о пресечении преступления апартеида и наказания за него⁹⁴, Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания⁹⁵, Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений⁹⁶, Межамериканская конвенция о запрещении пыток и наказании за них⁹⁷ и Межамериканская конвенция о насильственных исчезновениях лиц⁹⁸.

33. Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него определяет безотносительность должностного положения косвенным образом, заявляя в статье IV, что «лица, совершающие геноцид или какие-либо другие из перечисленных в статье III деяний, подлежат наказанию, независимо от то-

⁹⁰ Там же, пункт 13.

⁹¹ См. A/C.6/54/L.12, пункт 46.

⁹² В этой связи Лихтенштейн, Норвегия, Финляндия, Швейцария и Швеция считают, что нынешнее регулирование на основании Конвенции осуществляется «без ущерба для будущего развития событий в области международного права, касающихся защиты прав человека». Со своей стороны, Италия заявила, что Конвенция должна истолковываться «с учетом принципов, касающихся защиты прав человека перед лицом их серьезных нарушений» (TREATIES III-13).

⁹³ Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (Париж, 9 декабря 1948 года). Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 78, núm. 1021, pág. 277.

⁹⁴ Международная конвенция о пресечении преступления апартеида и наказания за него (Нью-Йорк, 30 ноября 1973 года). Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1015, núm. 14861, pág. 243.

⁹⁵ Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (Нью-Йорк, 10 декабря 1984 года). Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1465, núm. 24841, pág. 85.

⁹⁶ Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений (Нью-Йорк, 20 декабря 2006 года). Резолюция 61/177 Генеральной Ассамблеи.

⁹⁷ Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Картахена, 9 декабря 1985 года). OEA, *Serie sobre Tratados*, núm. 67.

⁹⁸ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Белен (Пара), 9 июня 1994 года). OEA, Documentos oficiales, OEA/Ser.A/55 (SEPF).

го, являются ли они ответственными по конституции правительства, должностными или частными лицами». Со своей стороны, Международная конвенция о пресечении преступления апартеида и наказания за него предусматривает, что «международной уголовной ответственности, независимо от мотива, подлежат ... представители государств, проживающие как на территории государства, где совершаются эти действия, так и в любом другом государстве» (статья III). С другой стороны, остальные конвенции не содержат аналогичных положений; Международная конвенция о насильственных исчезновениях ограничивается упоминанием «любого лица» при перечислении тех, кто будет нести ответственность за это преступление (статья 6, пункт 1 (а)). Несмотря на это, как Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, так и Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений включают «государственных должностных лиц»/«представителей государства» в определение преступления⁹⁹, в силу чего можно сделать вывод о том, что они могут считаться уголовно ответственными за такое действие, даже когда они выступали в официальном качестве. Соответственно, в качестве первого приближения и с учетом того, что будет указано позднее, представляется, что упомянутые конвенции дают основания для вывода о том, что совершение преступления геноцида, пыток или насильственного исчезновения может составлять *prima facie* исключение из иммунитета от уголовной юрисдикции.

34. Вместе с тем этот вывод может поддерживаться только на основе вышеупомянутых конвенций, когда государство-участник несет явное обязательство осуществлять уголовную юрисдикцию для судебного преследования лиц, считающихся исполнителями указанных преступлений, независимо от их гражданства. В этой связи следует отметить, что все эти конвенции, за исключением Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказания за него и Международной конвенции о пресечении преступления апартеида и наказания за него¹⁰⁰, содержат положения, обязывающие государство-участника устанавливать юрисдикцию, когда преступления совершены на любой территории, находящейся под его юрисдикцией¹⁰¹, и когда предполагаемый правонаруши-

⁹⁹ См. Конвенцию против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, статья 1; Международную конвенцию для защиты всех лиц от насильственных исчезновений, статья 2. Что касается более широкого анализа этого вопроса, см. документ A/CN.4/673, пункты 79–84.

¹⁰⁰ Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказания за него в статье VI устанавливает, что лица, обвиняемые в совершении этого преступления, «должны быть судимы компетентным судом того государства, на территории которого было совершено это деяние, или таким международным уголовным судом, который может иметь юрисдикцию в отношении сторон настоящей Конвенции, признавших юрисдикцию такого суда». В аналогичном плане статья V Международной конвенции о пресечении преступления апартеида и наказания за него устанавливает, что лица, которым предъявлено обвинение в совершении этого преступления, «могут предаваться компетентному суду любого государства— участника настоящей Конвенции, которое может приобретать юрисдикцию над личностью обвиняемых, или международному уголовному трибуналу, который может располагать юрисдикцией в отношении тех государств-участников, которые согласятся с его юрисдикцией».

¹⁰¹ См. Конвенцию против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, статья 5.1 (а); Международную конвенцию для защиты всех лиц от насильственных исчезновений, статья 9.1 (а); Межамериканскую конвенцию о насильственных исчезновениях лиц, статья IV, пункт 1, подпункт (а);

тель находится на любой территории под его юрисдикцией, если только оно не выдает или не передает его какому-либо другому государству или не передает его международному уголовному суду, юрисдикцию которого оно признает¹⁰².

35. Наконец, необходимо учитывать, что преступления геноцида¹⁰³, насильственных исчезновений¹⁰⁴ и апартеида¹⁰⁵ были объявлены международными преступлениями или преступлениями согласно международному праву на основании проанализированных выше конвенций, а пытки, кроме того, были объявлены «оскорблением достоинства человека и отрицанием принципов, воплощенных в Уставе Организации американских государств и в Уставе Организации Объединенных Наций», а также нарушением «прав человека и основных свобод, провозглашенных в Американской декларации прав и обязанностей человека и во Всеобщей декларации прав человека»¹⁰⁶. Это важно для установления того, что именно должно толковаться в качестве международных преступлений для целей исключений, о которых идет речь в настоящем докладе.

36. В параллельной плоскости находится Римский статут Международного уголовного суда, который недвусмысленно признает неотносимость должностного положения для установления индивидуальной уголовной ответственности (статья 27.1), неприменимость в контексте Суда иммунитетов согласно национальному или международному праву (статья 27.2), а также общий принцип неотносимости предшествующих приказов правительства или начальника для целей установления индивидуальной уголовной ответственности (статья 33). Указанные правила имеют целью недопущение ситуаций, когда физическое лицо может уклониться от ответственности в силу своих особых отношений с государством, для обеспечения того, чтобы не сохранялось никаких лазеек для безнаказанности в случае совершения наиболее тяжких преступлений, затрагивающих международное сообщество в целом. Этот акцент, который в Римском статуте сделан на абсолютный характер международных преступлений для це-

Межамериканскую конвенцию о запрещении пыток и наказании за них, статья 12, второй пункт.

¹⁰² См. Конвенцию против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, статья 5.2; Международную конвенцию для защиты всех лиц от насильственных исчезновений, статья 9.2; Межамериканскую конвенцию о насильственных исчезновениях лиц, статья IV, пункт 1, подпункт (а); Межамериканскую конвенцию о запрещении пыток и наказании за них, статья 12, пункт 1, подпункт (а).

¹⁰³ См. Конвенцию о предупреждении преступления геноцида и наказании за него, статья I и первый пункт преамбулы.

¹⁰⁴ Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений в своей статье 5 устанавливает следующее: «Широко распространенная или систематическая практика насильственных исчезновений является преступлением против человечности, как оно определяется в применимом международном праве, и влечет за собой последствия, предусмотренные таким применимым международным правом». См. в аналогичном плане шестой пункт преамбулы к Межамериканской конвенции о насильственных исчезновениях лиц.

¹⁰⁵ Международная конвенция о пресечении преступления апартеида и наказания за него, статья I.1.

¹⁰⁶ Межамериканская конвенция против пыток, второй пункт преамбулы. Ссылка на запрещение пыток во Всеобщей декларации прав человека содержится в преамбуле к Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания.

лей установления индивидуальной уголовной ответственности любого лица, и вытекающее отсюда заявление о неприменимости иммунитетов не могут быть проигнорированы в настоящем докладе. Вместе с тем указанные положения и их воздействие на исключения из иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции будут более детально проанализированы в главе III, раздел В, ниже.

37. Наконец, следует отметить, что документы, касающиеся коррупции, предусматривают возможность совершения актов коррупции должностными лицами иностранного государства¹⁰⁷, что, несомненно, может вызвать утверждение об иммунитете от иностранной уголовной юрисдикции, когда суды одного государства претендуют на осуществление своей юрисдикции в отношении таких актов. Однако указанные конвенции не содержат общих положений, касающихся такого иммунитета, за исключением определенных положений, включенных в Конвенцию Совета Европы об уголовной ответственности за коррупцию¹⁰⁸, в Конвенцию Организации Объединенных Наций против коррупции¹⁰⁹ и в Конвенцию Африканского союза о предупреждении коррупции и борьбе с ней¹¹⁰, в которые включены соответствующие положения, касающиеся иммунитета, хотя и с явно различными подходами и последствиями в том, что касается ограничений и исключений.

38. В статье 16 Конвенции об уголовной ответственности за коррупцию установлено следующее:

«положения (...) Конвенции применяются без ущерба для положений любого договора, протокола или устава, а также текстов, регулирующих их применение, в том, что касается лишения иммунитета».

Несмотря на его малопонятный язык, в пояснительном комментарии, сопровождающем Конвенцию, сказано, что процитированное положение должно толковаться в том плане, что «Конвенция признает обязательство каждого из соответствующих учреждений осуществлять положения, регулирующие при-

¹⁰⁷ См., например, Конвенцию Организации Объединенных Наций против коррупции, статьи 16 и 17; Конвенцию Совета Европы об уголовной ответственности за коррупцию, статьи 5, 6; и Межамериканскую конвенцию о борьбе с коррупцией (Каракас, 29 марта 1996 года), статья VIII. Во всех этих положениях делается ясная ссылка на участие должностного лица иностранного государства в акте коррупции. Конвенция Африканского союза о предупреждении коррупции и борьбе с ней не ссылается конкретно на иностранных должностных лиц. Вместе с тем широкое определение «публичного должностного лица», содержащееся в статье 1, наряду с положениями статьи 13, касающейся установления национальной юрисдикции для судебного преследования за акты коррупции, позволяют сделать вывод о том, что Конвенция также может применяться в отношении иностранных должностных лиц и что, следовательно, перед судами государств-участников также может возникать вопрос об иммунитете.

¹⁰⁸ Конвенция об уголовной ответственности за коррупцию (Страсбург, 27 января 1999 года). Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2216, núm. 39391, pág. 225. На испанском языке см. España, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 182, 28 de julio de 2010.

¹⁰⁹ Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции (Нью-Йорк, 31 октября 2003 года). Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2349, núm. 42146, pág. 41.

¹¹⁰ Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción (Мапуту, 11 июля 2003 года). *International Legal Materials* (ILM), vol. XLIII (2004), pág. 5.

вилегии и иммунитеты», включая и те, которые содержатся в нормах «обычного международного права, применимых в этой сфере»¹¹¹.

39. Со своей стороны, Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции в своей статье 30, пункт 2, устанавливает следующее:

«Каждое Государство—участник принимает такие меры, какие могут потребоваться, с тем чтобы установить или обеспечить, в соответствии со своей правовой системой и конституционными принципами, надлежащую сбалансированность между любыми иммунитетами или юрисдикционными привилегиями, предоставленными его публичным должностным лицам в связи с выполнением ими своих функций, и возможностью, в случае необходимости, осуществлять эффективное расследование и уголовное преследование и выносить судебное решение в связи с преступлениями, признанными таковыми в соответствии с настоящей Конвенцией».

Хотя Конвенция ссылается на иммунитеты во внутреннем праве, которые защищают национальных должностных лиц, следует отметить включение в нее концепции «надлежащей сбалансированности», которая может также быть актуальной для целей определения режима ограничений и исключений в связи с применением иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции.

40. В аналогичном плане, хотя и более убедительным языком, этот вопрос ставится в Конвенции Африканского союза о предупреждении коррупции и борьбе с ней, которая ссылается на иммунитеты следующим образом (статья 7, пункт 5):

«При условии соблюдения положений национального законодательства иммунитет, предоставленный публичному должностному лицу, не является препятствием для расследования и судебного преследования таких лиц».

41. Наконец, следует обратить внимание на то, что протокол о внесении изменений в Протокол о Статуте Африканского суда по правам человека, на основании которого в указанном Суде создана Секция по международному уголовному праву, включает в число преступлений, относящихся к сфере компетенции этой Секции, коррупцию и отмывание денег¹¹².

В. Национальная законодательная практика

42. Юрисдикционный иммунитет государства и его должностных лиц не регулируется напрямую в большинстве государств. Напротив, реакция на иммунитет оставлена на усмотрение судов, которые, когда они занимаются этим вопросом, обычно применяют то, что они считают нормами международного права, упоминаемыми в их постановлениях и других решениях. Такое применение норм обычного международного права происходит на различной правовой основе, а именно: путем ссылки на общие принципы, регулирующие взаимосвязь между международным правом и внутренним правом; путем приме-

¹¹¹ См. *Rapport explicatif*, párrafo 77, pp. 17–18.

¹¹² См. новую статью 28 А, пункты 8 и 9, Статута Африканского суда.

ния самих принципов общего права (*common law*)¹¹³; или путем применения положений общего характера, которые определяют компетенцию национальных судебных органов и которые обращаются к применимым нормам международного права для разрешения дел, в которых может возникать вопрос об иммунитете¹¹⁴.

43. В настоящем докладе не анализируются национальные нормы, в которых просто делается общая ссылка на применимые нормы международного права, поскольку в них не содержится никаких элементов, которые могли бы пролить свет на вопрос о том, каковы ограничения и исключения из иммунитета, а именно они непременно устанавливаются в рамках международного режима, причем это не зависит от анализа практики национальных судов, которым поручено применять указанные нормы, поскольку в принимаемых ими решениях не дается толкование того, что понимается под словами «применимое международное право». В данном разделе анализируются те национальные законы, которые явно предназначаются для регулирования вопросов иммунитета, и некоторые другие законы, которые, регулируя юрисдикцию государства по отношению к международным преступлениям, ссылаются на иммунитет.

44. Если начать с первой категории, то необходимо в первую очередь обратить внимание на тот факт, что число национальных законов, регулирующих юрисдикционные иммунитеты, является весьма ограниченным, и, кроме того, они обычно ссылаются в основном на иммунитеты государства. Тем не менее некоторые законы содержат положения, позволяющие применять их к определенным должностным лицам государства, в особенности к главе государства. В эту группу входит законодательство Соединенных Штатов (*Foreign Sovereign Immunities Act 1976*)¹¹⁵, Соединенного Королевства (*State Immunity Act, 1978*)¹¹⁶,

¹¹³ Так обстоит дело, в частности, в Соединенных Штатах начиная с вынесения постановления по делу *Samantar*, в котором установлена неприменимость Закона о суверенном иммунитете иностранных государств к должностным лицам государства, рассматриваемым в индивидуальном качестве, и заявлено, что их иммунитет подпадает по нормы обычного права (*common law*). См. Chimène I. Keitner, "The common law of foreign official immunity", *Green Bag*, vol. 14 2D (cuarto trimestre de 2010), págs. 61 a 75.

¹¹⁴ Среди этих норм, обычно отсылающих к международному праву, можно упомянуть в порядке примеров следующие: Германия: Закон о составе судов, статья 20.2; Российская Федерация: Уголовный кодекс от 13 июня 1996 года, статья 11.4; Бельгия: Закон о пресечении серьезных нарушений международного гуманитарного права с поправками, внесенными Законом от 23 апреля 2003 года, статья 4.3; Испания: Органический закон 6/1985 о судебной власти с поправками, внесенными Органическим законом 16/2015, статья 23.4; Филиппины: Закон о преступлениях против международного гуманитарного права, преступлении геноцида и других преступлениях против человечности, № 9851, от 27 июля 2009 года, раздел 9 (b); Кыргызстан: Уголовно-процессуальный кодекс, 1999 год, статья 16.2; Нидерланды: Уголовный кодекс, статья 8; Черногория: Уголовно-процессуальный кодекс, 2010 год, статья 252.1; Узбекистан: Уголовно-процессуальный кодекс Республики Узбекистан, статья 4. Эта общая отсылка к применимым нормам международного права создала немало проблем для национальных судов в делах, касающихся иммунитета, чем и объясняется то, что определенные государства приняли национальные законы на этот счет. Так, например, обстоит дело в Испании, которая после применения на протяжении 30 лет общей отсылки к международному праву, предпочла дополнить эту модель в 2015 году Законом об иммунитетах.

¹¹⁵ Закон Соединенных Штатов был изменен в 1991 году принятием *Torture Victim Protection Act* (Закон о защите жертв пыток) от 1991 года. См. разделы 1605 и 1605A, *U.S. Code*.

¹¹⁶ Закон Великобритании был принят 20 июля 1978 года и не изменялся с тех пор.

Сингапура (*State Immunity Act*, 1979), Пакистана (*State Immunity Ordinance*, 1981)¹¹⁷, Южной Африки (*Foreign States Immunities Act*, 1981), Австралии (*Foreign States Immunities Act*, 1985)¹¹⁸, Канады (*State Immunity Act*, 1985)¹¹⁹, Аргентины (*Ley de Inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros ante los tribunales argentinos*, 1995)¹²⁰, Японии (*Act on the Civil Jurisdiction of Japan with respect to a Foreign State*, 2009)¹²¹ и Испании (*Ley orgánica sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones Internacionales celebradas en España*, 2015)¹²².

45. Указанные законы ссылаются в своем большинстве на ограничения и исключения из иммунитетов государства посредством различных формулировок, таких как: а) «территориальное исключение» в случае ущерба, причиненного физическим лицам или собственности в государстве суда¹²³; и б) исключения из определенных категорий процессуальных действий, имеющих отношение к искам, связанным с правами и обязательствами, которые можно отнести к категории действий *iure gestionis*, предвосхищая или применяя положения Конвенции 2004 года¹²⁴. С другой стороны, необходимо отметить, что, хотя все упомянутые законы применяются в общем плане к государству, только некоторые из них ссылаются на должностных лиц государства, упоминая только главу государства или представителей государства, когда они действуют «в своем публичном качестве»¹²⁵, ограничивая, таким образом, их применимость к им-

¹¹⁷ Постановление VI 1981 года от 11 марта 1981 года.

¹¹⁸ Закон Австралии был изменен в 1987, 2009 и 2010 годах.

¹¹⁹ См. R.S.C., 1985, с. S-18 (обновлен 28 апреля 2016 года). Закон Канады был изменен 13 марта 2012 года с целью включения исключения в случае терроризма.

¹²⁰ Закон 24488 от 31 мая 1995 года о юрисдикционном иммунитете иностранных государств в аргентинских судах. Утвержденный 31 мая 1995 года, он был частично обнародован 22 июня того же года (infoleg.mecop.gov.ar).

¹²¹ Закон № 24 от 24 апреля 2009 года.

¹²² Органический закон 16/2015 от 27 октября (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 258, 28 de octubre de 2015).

¹²³ См. следующие законы: Аргентина, статья 2, пункт (е); Австралия, разделы 13 и 42^a (2); Канада, раздел 6; Испания, статья 11; Соединенные Штаты, раздел 1605 (а) (5); Япония, статья 10; Соединенное Королевство, раздел 5; Сингапур, раздел 7; и Южная Африка, раздел 6 (необходимо иметь в виду, что ради удобства упоминаются законы со ссылкой на государство, которое их приняло).

¹²⁴ Указанные исключения касаются следующих действий: коммерческие операции, трудовые договоры, права, касающиеся собственности и обладания имуществом, интеллектуальная и промышленная собственность, членство и участие в юридических лицах и корпоративных органах, обращение к коммерческому арбитражу, действия и права, касающиеся правительственных судов, используемых в коммерческих целях, обязательства, связанные с уплатой налогов и пошлин, права и обязанности, вытекающие из действий. См. следующие законы: Аргентины, статья 2, пункты (с), (d), (f), (g) и (h); Австралия, разделы 11, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19 и 20; Канада, разделы 5, 7 и 8; Испания, статьи 9, 10, 12, 13, 14, 15 и 16; Соединенные Штаты, раздел 1605 (а) (2), (3), (4) и (6), (b) и (d); Япония, статьи 8, 9, 11, 12–16; Пакистан, разделы 5–12; Соединенное Королевство, разделы 3, 4, 6–11; Сингапур, разделы 5, 6–13; и Южная Африка, разделы 4, 5, 7–12.

¹²⁵ В общем плане глава государства упоминается в следующих законах: Австралия, разделы 3.1, 3.3. (а) и 36; Канада, раздел 2 (а); Пакистан, раздел 15; Соединенное Королевство, раздел 14 (а); Сингапур, раздел 16 (1) (а); и Южная Африка, раздел 1 (2) (а). На «представителей государства, когда они действуют в этом качестве», ссылаются законы Испании, статья 2 (с) (iv), и Японии, статья 2 (iv). Следует помнить о том, что суды Соединенных Штатов первоначально считали, что должностные лица государства,

мунитету *ratione materiae* этих должностных лиц. Только испанский закон 2015 года предусматривает иммунитет некоторых должностных лиц (глава государства, глава правительства и министр иностранных дел) с точки зрения как иммунитета *ratione personae*, так и иммунитета *ratione materiae*¹²⁶. Наконец, необходимо принимать во внимание то, что в целом указанные законы в силу их содержания регулируют исключения так, что они только косвенно имеют отношение к уголовной юрисдикции. К этому нужно добавить то, что некоторые из прокомментированных законов недвусмысленно исключают их применение в случае судопроизводства по уголовным делам¹²⁷.

46. Только три закона об иммунитете содержат положения, касающиеся другого типа исключений, содержание которых более тесно связано с сутью настоящей темы. Речь идет о законе Соединенных Штатов под названием *Foreign Sovereign Immunities Act* (Закон об иностранном суверенном иммунитете), законе Канады *State Immunity Act* (Закон о государственном иммунитете) и *Ley Orgánica 16/2015* (Органический закон 16/2015) Испании. В равной мере следует учитывать аргентинский Закон 24488 (*Ley 24488*), хотя в нем явно не упоминается никакое исключение, связанное с уголовными аспектами.

47. Хотя Закон об иностранном суверенном иммунитете был первоначально ограничен общей моделью исключений, указанной выше, в 1991 году он был изменен Законом о защите жертв пыток (*Torture Victim Protection Act*), добавившим раздел 1605^a, озаглавленный “*Excepción de terrorismo a la inmunidad jurisdiccional de un Estado extranjero*” («Исключение терроризма из юрисдикционного иммунитета иностранного государства»). В силу него

«иностранное государство не пользуется иммунитетом от юрисдикции судов Соединенных Штатов или, в любом случае, государств, не охваченных иным образом настоящей главой, в которых испрашивается денежная компенсация в отношении иностранного государства за телесное повреждение или смерть, вызванные актом пытки, внесудебной расправой, саботажем воздушного судна, взятием заложников или предоставлением материальной поддержки или ресурсов в отношении такого действия, если такое действие либо предоставление материальной поддержки или ресурсов осуществляется должностным лицом, служащим или агентом такого иностранного государства, действующим в рамках его функций, занятия или представительства»¹²⁸;

действующие в официальном качестве, остаются под защитой Закона об иностранном суверенном иммунитете. Однако посредством постановления, вынесенного по делу *Samantar*, этот иммунитет подчиняется исключительно нормам общего права (*common law*). По этому вопросу см. документ A/CN.4/686, пункт 106.

¹²⁶ Органический закон 16/2015 применяется как к иммунитетам «иностранных государств и их собственности» (статья 1, пункт а), так и к иммунитетам «глав государств и правительств и министров иностранных дел во время исполнения ими своих обязанностей и после этого» (статья 1, пункт б). Часть II Органического закона 16/2015 полностью посвящена «привилегиям и иммунитетам главы государства, главы правительства и министра иностранных дел иностранного государства» (статья 1, пункт б). См. также статью 22, пункт 2.

¹²⁷ См. следующие законы: Канада, раздел 18; Япония, статья 1; Сингапур, раздел 19 (2) (b); и Южная Африка, раздел 2 (3). Также не применяется к уголовной юрисдикции согласно законодательству Соединенных Штатов.

¹²⁸ Раздел 1605 А, (а) (1).

при соблюдении следующих условий¹²⁹:

а) иностранное государство определено Государственным секретарем как «государство-спонсор терроризма»;

б) заявитель или потерпевший является гражданином Соединенных Штатов, служащим вооруженных сил или правительственным служащим;

с) в случае если действие произошло в иностранном государстве, против которого возбужден иск, заявитель предоставил иностранному государству разумную возможность урегулировать иск посредством арбитражного разбирательства в соответствии с принятыми на международном уровне правилами арбитража.

48. Это исключение позволяет судам Соединенных Штатов отрицать иммунитет от юрисдикции иностранного государства в ряде случаев, рассматривавшихся в рамках гражданской юрисдикции¹³⁰, в связи с действиями, которые однозначно являются международными преступлениями. Однако в равной мере надо указать на то, что вышеупомянутое исключение не имеет общего распространения и применяется только в отношении действий, совершаемых государствами, официально объявленными Государственным секретарем в качестве спонсоров терроризма, что добавляет к указанному исключению элемент политических дискреционных.

49. Со своей стороны, канадский Закон об иммунитете государства был изменен в 2012 году с целью добавить исключение под названием «Поддержка терроризма», которое было включено в раздел, посвященный причинению ущерба и вреда. В соответствии с этим государство, которое включено в список поддержки терроризма, не будет обладать иммунитетом от юрисдикции судов Канады в отношении судебного разбирательства, направленного против него за поддержку терроризма или террористическую деятельность¹³¹. Речь идет об исключении, весьма схожем в плане постановки вопроса с законом Соединенных Штатов, и поэтому к нему применяются замечания, высказанные в предыдущем пункте.

50. Органический закон 16/2015, недавно принятый в Испании, внес частично отличающуюся модель в режим, применимый к исключениям. Как уже отмечалось выше, указанный Закон проводит различие между режимом, применимым к иммунитету государства, и режимом, применимым к главе государства, главе правительства и министру иностранных дел, с точки зрения как иммунитета *ratione personae*¹³², так и иммунитета *ratione materiae*¹³³. И в этом последнем отношении он вносит исключение, основанное на международных преступлениях, устанавливая, что даже в отношении «действий, совершаемых в рамках мандата в порядке осуществления официальных функций [...], из иммунитета будут исключаться преступления геноцида, насильственного исчезновения, военные преступления и преступления против человечности»¹³⁴. Речь

¹²⁹ Раздел 1605 A, (2) (A).

¹³⁰ См. раздел D ниже.

¹³¹ См. раздел 6.1, 1) и 11). Что касается процедуры включения государства в список поддержки терроризма, см. раздел 6.1 2), 3) – 10), раздел 11 3) и раздел 13 2).

¹³² См. статью 22.

¹³³ См. статьи 23–25.

¹³⁴ Статья 23, пункт 1, *in fine*.

идет об исключении общего характера, которое не требует соблюдения каких-либо дополнительных условий, но которое действует исключительно в контексте иммунитета *ratione materiae*.

51. К этому исключению добавляется положение общего характера под названием «Международные преступления», которым устанавливается следующее:

«Положения настоящего раздела не затрагивают международных обязательств, взятых на себя Испанией в отношении судебного преследования за международные преступления, ни ее обязательств по отношению к Международному уголовному суду»¹³⁵.

Это положение имеет иное значение, чем упомянутое выше исключение, поскольку оно применяется как к иммунитету *ratione materiae*, так и к иммунитету *ratione personae*. Однако его сфера действия является более узкой, поскольку оно ограничивается случаями, когда Испания обязана на основании международной нормы осуществлять судебное преследование против лица за совершение международных преступлений, и мерами, которые должны принимать испанские суды в порядке отклика на просьбу о сотрудничестве, направленную Международным уголовным судом¹³⁶.

52. Наконец, следует отметить, что аргентинский Закон 24488 содержит статью 3 в следующей редакции:

«Если в аргентинские суды поступают иски против иностранного государства со ссылками на нарушение норм международного права прав человека, суд, являющийся участником процесса, должен ограничиться указанием истцу на орган международной защиты на региональном или общемировом уровне, в который он может подать свой иск, при необходимости. Кроме того, он направит копию жалобы в Министерство иностранных дел, международной торговли и культа, с тем чтобы они приняли к сведению этот иск и приняли соответствующие меры, применимые на международном уровне».

53. Однако указанная статья была исключена («соблюдена») при принятии Закона на основании постановления 849/95 и, таким образом, не являются его частью¹³⁷. Аргумент, содержащийся в постановлении, которым решено исключить статью 3, представляет интерес для целей анализа исключений, в частно-

¹³⁵ Статья 29.

¹³⁶ Указанное исключение было включено по просьбе Генерального совета судебной власти и Прокурорского совета (органы, отвечающие за работу судей и обвинителей) для обеспечения того, чтобы, несмотря на признание соответствующих иммунитетов, Испания могла выполнять свои международные обязательства, вытекающие из норм международного уголовного права, в частности чтобы Испания могла выполнять просьбы о сотрудничестве, направляемые ей международными уголовными трибуналами и судами. Необходимо учитывать то, что это положение следует рассматривать в свете шестого заключительного положения Органического закона, согласно которому «в случае нормативной коллизии настоящего Органического закона с положениями, признанными в том или ином международном договоре, государством-участником которого является Королевство Испания, преимущественную силу имеет международный договор».

¹³⁷ См. статью 1 указанного постановления. С постановлением 849/95 от 22 июня 1995 года, утвержденным Правительственным советом, можно ознакомиться по адресу: infoleg.mecon.gov.ar.

сти с двух точек зрения: а) утверждается, что «нарушения прав человека [представляют собой], в целом, действия, совершаемые в порядке осуществления власти (*acta iure imperii*)»¹³⁸; и б) указывается, что Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него и Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (которые имеют характер конституционной нормы в Аргентине) касаются «преступлений, которые могут приводить к гражданской ответственности», в силу чего «представляется нецелесообразным отказывать в доступе к правосудию, чтобы требовать соблюдения такого требования»¹³⁹. Следовательно, хотя Закон 24488 не содержит явного исключения, касающегося международных преступлений, его толкование в свете постановления 849/95, которое предусматривает его частичную промульгацию, позволяет заключить, что аргентинские суды будут обладать компетенцией рассматривать иски против иностранного государства за нарушение международного права прав человека.

54. Среди внутренних законов, посвященных регулированию международных преступлений, следует упомянуть в первую очередь Закон о пресечении серьезных нарушений международного гуманитарного права, принятый в Бельгии в 1993 году и измененный в 1999 и 2003 годах. Указанный Закон претерпел интересную эволюцию, связанную в значительной мере с делом *Orden de detención* («Ордер на арест») от 11 апреля 2000 года¹⁴⁰. Так, если в редакции 1999 года заявлялось, что «иммунитет, связанный с официальным статусом лица, не препятствует применению [...] закона», посредством поправки, внесенной в 2003 году, указанное утверждение ограничивается выражением «в пределах, установленных международным правом»¹⁴¹. Кроме того, статья 13 Закона еще больше ограничивает сферу применения этой нормы, устанавливая, что

«в соответствии с нормами международного права осуществление юрисдикции исключается в отношении: i) глав государств, глав правительств и министров иностранных дел в период, в течение которого они осуществляют свои функции, а также других лиц, чей иммунитет признается в международном праве; (ii) лиц, которые пользуются иммунитетом, полным или частичным, на основе того или иного договора, которым связана Бельгия».

Соответственно, бельгийское законодательство признает абсолютный иммунитет *ratione personae*, но не касается иммунитета *ratione materiae*, что рассматривалось как косвенное признание возможности применения исключений из него применительно к преступлениям против человечности, военным преступлениям и преступлению геноцида.

55. В Нидерландах Закон 2003 года о международных преступлениях придерживается схожей модели, устанавливая в статье 16, что «уголовное произ-

¹³⁸ См. второй пункт преамбулы постановления.

¹³⁹ См. третий пункт преамбулы постановления.

¹⁴⁰ República Democrática del Congo c. Bélgica, fallo, C.I.J. Recueil 2002, pág. 46; см. также C.I.J. Resúmenes 1997–2002, pág. 162.

¹⁴¹ См. Закон о внесении поправок в Закон от 16 июня 1993 года о пресечении серьезных нарушений международного гуманитарного права и в статью 144 *ter* Судебного кодекса. Приведенный выше текст соответствует статье 5.3 Закона о пресечении серьезных нарушений международного гуманитарного права.

водство в связи с любым из преступлений, упомянутых в настоящем Законе, исключается в отношении: а) иностранных глав государств, глав правительств и министров иностранных дел в период их пребывания в должности, равно как и других лиц, за которыми признается их иммунитет согласно нормам обычного международного права; б) лиц, которые пользуются иммунитетом на основании любого соглашения, примененного в Королевстве Нидерландов». Соответственно, нидерландское законодательство признает иммунитет членов «тройки», когда они исполняют свои обязанности, даже в отношении международных преступлений. Однако после окончания срока их пребывания в должности иммунитет будет применяться к ним лишь в отношении действий, совершенных в официальном качестве, что, согласно информации, представленной Нидерландами, не будет охватывать международные преступления¹⁴².

56. Противоположного подхода придерживается Уголовный кодекс Республики Нигер, измененный в 2003 году, в котором прямо говорится, что «иммунитет, связанный с официальным статусом лица, не освобождает его от [уголовного] преследования за военные преступления или преступления против человечности»¹⁴³.

57. Наконец, вопрос об иммунитете является предметом регулирования в различных законах, цель которых заключается в том, чтобы перенять и развить во внутреннем плане положения, содержащиеся в Римском статуте, с точки зрения как общества, так и компетенции и процедуры. Речь идет о так называемых «законах об осуществлении», которые, бесспорно, представляют интерес для целей настоящего доклада. Указанные «законы об осуществлении» рассматривают вопрос об ограничениях и исключениях из иммунитета с двух разных точек зрения, а именно: а) определение общей системы исключений из иммунитета; и б) определение системы исключений из иммунитета только в отношении общего обязательства государств-участников сотрудничать с Международным уголовным судом.

58. Первая из этих моделей представлена законами, принятыми Буркина-Фасо, Коморскими Островами, Ирландией, Маврикием и Южной Африкой¹⁴⁴.

¹⁴² Комментарии Нидерландов в ответ на вопросы Комиссии (20 апреля 2016 года).

¹⁴³ Статья 208.7. Указанную статью следует читать вместе со статьей 208.2, второй пункт, в которой устанавливается универсальная юрисдикция, в силу которой суды Нигера обладают компетенцией даже в том случае, если преступления совершаются за границей.

¹⁴⁴ См. Буркина-Фасо: Закон об определении сферы компетенции и процедуры применения Римского статута Международного уголовного суда судами Буркина-Фасо, № 52 от 2009 года, статьи 7 и 15.1 (в соответствии с этим законом суды Буркина-Фасо могут осуществлять свою юрисдикцию в отношении лиц, совершивших то или иное преступление, входящее в сферу компетенции суда, даже если оно было совершено за границей, при том условии, что подозреваемый находится на территории страны. Кроме того, официальное положение не является причиной для исключения или уменьшения ответственности); Коморские Острова: Закон № 11-022/ от 13 декабря 2011 года, касающийся применения Римского статута, статья 7.2 («иммунитеты или специальные процессуальные нормы, которые могут поддерживать официальное положение того или иного лица в силу закона или международного права, не препятствуют национальным судам в осуществлении их компетенции в отношении этого лица в связи с нарушениями, предусмотренными в настоящем Законе»); Ирландия: Закон о Международном уголовном суде 2006 года, статья 61.1 («Согласно статье 27, любой дипломатический иммунитет или иммунитет государства, ассоциируемый с тем или иным лицом в силу его связи с государством — участником Статута, не исключает возбуждения судопроизводства против

В соответствии с указанными законами национальное законодательство признает неприменимость в целом любого иммунитета от осуществления национальной уголовной юрисдикции в отношении преступлений, относящихся к компетенции Международного уголовного суда, особенно преступления геноцида, преступлений против человечности и военных преступлений.

59. Вторая модель, со своей стороны, ограничивает вопрос о применении иммунитета теми случаями, в которых должна осуществляться национальная уголовная юрисдикция для обеспечения в той или иной форме сотрудничества с Международным уголовным судом, в частности в отношении ареста и передачи лиц Суду. В эту вторую группу следует включить законы Германии, Канады, Франции, Кении, Норвегии, Новой Зеландии, Швейцарии и Уганды, которые не принимают во внимание иммунитет или относимость официального положения в качестве причины, препятствующей выполнению распоряжения о передаче лица¹⁴⁵. Законы, принятые в Ирландии, Исландии, Мальте, Соединенном Королевстве и Самоа, предусматривают неотносимость иммунитета и официального положения только в отношении граждан государств — участников Римского статута, учреждая систему консультаций с Судом в случае граждан государств, не являющихся участниками¹⁴⁶. Наконец, законы, принятые в Аргентине, Австралии, Австрии и Лихтенштейна, не предусматривают неприменимости иммунитета во всех случаях, используя системы консультаций с Судом для урегулирования любых споров, которые могут возникнуть в силу совместного применения статей 27 и 98, пункт 1, Римского статута¹⁴⁷. В любом

этого лица»); Маврикий: Закон о Международном уголовном суде 2001 года, статья 4; Южная Африка: Закон об осуществлении Римского статута Международного уголовного суда № 27 от 18 июля 2002 года, статьи 4.2 (a) (i) и 4.3 (c) (в соответствии с этим законом южноафриканские суды обладают компетенцией преследовать в судебном порядке за преступление геноцида, преступления против человечности и военные преступления, когда предполагаемый исполнитель находится в Южной Африке, причем официальное положение, которое может занимать обвиняемый, является неприменимым). Это снятие иммунитета имеет к тому же силу, несмотря на «любой другой закон, предусматривающий обратное, включая международное обычное и договорное право». Верховный апелляционный суд Южной Африки высказался по этому вопросу в постановлении, вынесенном 15 марта 2016 года в связи с неисполненным ордером на арест президента аль-Башира.

¹⁴⁵ См. Германия: Закон о составе судов, статьи 20.1 и 21; Канада: Закон о выдаче, 1999 год, статья 18; Франция: Уголовно-процессуальный кодекс (в соответствии с Законом № 2002-268 от 26 февраля 2002 года), статья 627.8; Кения: Закон о международных преступлениях 2008 года, № 16, статья 27; Норвегия: Закон № 65 от 15 июня 2001 года, касающийся осуществления Римского статута Международного уголовного суда от 17 июля 1998 года (Римский статут) в норвежском законодательстве, статья 2; Новая Зеландия: Закон о международных преступлениях и Международном уголовном суде 2000 года, статья 31.1; Швейцария: Закон о сотрудничестве с Международным уголовным судом, статья 6; и Уганда: Закон о Международном уголовном суде, № 18, 2006 год, статья 25.1 (a) и (b).

¹⁴⁶ См. Ирландия: Закон о Международном уголовном суде, № 30, 2006 год, статья 6.1; Исландия: Закон о Международном уголовном суде 2003 года, статья 20.1; Мальта: Закон о выдаче, статья 26S.1; Соединенное Королевство: Закон о Международном уголовном суде, 2001 год, статья 23.1; и Самоа: Закон о Международном уголовном суде 2007 года, № 26, статьи 32.1 и 41.

¹⁴⁷ См. Аргентина: Закон 26200 об осуществлении Римского статута Международного уголовного суда, утвержденный Законом № 25390 и ратифицированный 16 января 2001 года, статьи 40 и 41; Австралия: Закон о Международном уголовном суде, № 41, 2002 год, статья 12.4; Австрия: Федеральный закон о сотрудничестве с Международным уголовным судом, № 135, от 13 августа 2002 года, статьи 9.1 и 9.3; Лихтенштейн: Закон от

случае неприменимость иммунитета в целях обеспечения сотрудничества с Судом признается также в некоторых законах об осуществлении, которые соответствуют первой модели, как, например, в случае Буркина-Фасо и Южной Африки¹⁴⁸.

С. Международная судебная практика

60. Вопрос об ограничениях и исключениях из иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции затрагивался в ряде постановлений, вынесенных Международным Судом, Европейским судом по правам человека, Международным трибуналом по бывшей Югославии, Специальным судом по Сьерра-Леоне и Международным уголовным судом.

1. Международный Суд

61. В деле *Ордер на арест* Международный Суд однозначно высказался по поводу всеобъемлющего характера иммунитета министра иностранных дел Демократической Республики Конго от иностранной уголовной юрисдикции, заявив, что

в течение всего срока его полномочий [министр иностранных дел] пользуется полным иммунитетом от уголовной юрисдикции и полной неприкосновенностью за рубежом¹⁴⁹.

Такой иммунитет основан на функциях, которые министр иностранных дел осуществляет в области международных отношений. Для защиты этих функций иммунитет распространяется на все действия, совершенные им как в официальном, так и в личном качестве¹⁵⁰. Наряду с этим Суд пришел к выводу о том, что он не может определить существование в современном международном праве исключения из этого иммунитета, даже в случаях, когда действия, о которых идет речь, составляют военные преступления или преступления против человечности. По мнению Суда, указанное исключение нельзя вывести ни из практики государства¹⁵¹, ни из процесса создания международных уголовных судов или трибуналов¹⁵².

20 октября 2004 года о сотрудничестве с Международным уголовным судом и другими международными судами и трибуналами, статья 10.1 (b) и (c). Особым является случай Дании, чей Закон о Международном уголовном суде от 16 мая 2001 года (статья 2) относит к исполнительной власти право принятия решений по вопросам, касающимся иммунитета, без определения конкретной системы консультаций.

¹⁴⁸ См. Буркина-Фасо: Закон № 52 от 2009 года, статья 39.2; Южная Африка: Закон № 27 от 2002 года, статьи 10.5 и 10.9.

¹⁴⁹ См. C.I.J. Recueil 2002, pág. 22, пункт 54.

¹⁵⁰ Ibid. Что касается описания указанных функций, см. *ibid.*, págs. 21 y 22, пункт 53.

Функциональная составляющая этого иммунитета особенно проявляется в следующем заявлении Международного Суда: «помимо этого, сам факт того, что, оказавшись в другом государстве или пересекая его, министр иностранных дел может оказаться подверженным угрозе процессуальных действий, может отбить у него охоту выезжать за границу, когда он обязан делать это ради выполнения своих функций» (*ibid.*, pág. 22, пункт 55).

¹⁵¹ Изучив соответствующие национальные законы и некоторые решения, принятые национальными судами высшей инстанции, Международный Суд подтвердил, что ему не удалось вывести «существование в обычном международном праве никакого исключения из нормы, устанавливающей иммунитет от уголовной юрисдикции и неприкосновенность

62. Тем не менее Международный Суд попытался защитить принцип индивидуальной уголовной ответственности, закрепленный в современном международном праве, на который, по его мнению, не влияет иммунитет от уголовной юрисдикции. Для этого Суд использовал два взаимодополняющих аргумента, а именно различие между иммунитетом и юрисдикцией, с одной стороны, и различие между иммунитетом и безнаказанностью, с другой.

63. Ссылаясь на первый из них, Международный Суд заявил, что «юрисдикция не означает отсутствие иммунитета, а отсутствие иммунитета не означает юрисдикцию», добавив, что даже в тех случаях, в которых определенные соглашения наложили на государства обязательство осуществлять судебное преследование или выдачу лица за международные преступления, такое расширение юрисдикции «не затрагивает иммунитеты, вытекающие из обычного международного права, особенно иммунитеты министров иностранных дел», которые «остаются применимыми в этих [национальных] судах»¹⁵³.

64. Еще больший интерес для целей настоящего доклада представляют аргументы в отношении различия между иммунитетом и безнаказанностью. Так, Международный Суд отметил, что

«юрисдикционный иммунитет, которым пользуется министр иностранных дел при осуществлении своих функций, не означает, что он пользуется *безнаказанностью* в отношении преступлений, которые могли быть совершены, независимо от их тяжести. Иммунитет от уголовной юрисдикции и индивидуальная уголовная ответственность являются двумя совершенно разными концепциями. В то время как юрисдикционный иммунитет носит процессуальный характер, уголовная ответственность затрагивает саму суть права. Юрисдикционный иммунитет, безусловно, может быть препятствием для судебного преследования в течение определенного времени или в отношении определенных преступлений, но он не освобождает лицо, пользующееся иммунитетом, от всей уголовной ответственности»¹⁵⁴.

65. Чтобы усилить такой аргумент, Суд сослался на существование альтернативной модели, позволяющей сделать вывод об уголовной ответственности лица, которую он описал следующим образом:

«Во-первых, в силу международного права [министры иностранных дел] не пользуются никаким иммунитетом от уголовной юрисдикции в их собственной стране и могут, следовательно, подпадать под действие юрисдикции этой страны в соответствии с нормами, закрепленными во внутреннем законодательстве.

Во-вторых, они не будут пользоваться иммунитетом от иностранной юрисдикции, если государство, которое они представляют или представляли, решает отменить этот иммунитет.

действующих министров иностранных дел, когда их подозревают в совершении военных преступлений или преступлений против человечности» (ibid., pág. 24, пункт 58, первый подпункт).

¹⁵² Ibid., второй и третий подпункты.

¹⁵³ Ibid., págs. 24 y 25, пункт 59.

¹⁵⁴ Ibid., pág. 25, пункт 60.

В-третьих, после того, как лицо прекращает исполнять функции министра иностранных дел, оно уже не пользуется всеми юрисдикционными иммунитетами, которые международное право признает за ним в других государствах. При условии его компетентности в соответствии с международным правом суд иностранного государства может преследовать бывшего министра иностранных дел другого государства за действия, совершенные до или после того, как он выполнял эти функции, а также за действия, которые, хотя они и были совершены в этот период, имели частный характер.

В-четвертых, министр иностранных дел или бывший министр иностранных дел могут быть привлечены к уголовной ответственности в некоторых международных уголовных юрисдикциях при условии, что они обладают соответствующей компетенцией»¹⁵⁵.

66. С помощью этих аргументов Международный Суд определяет модель иммунитета министров иностранных дел от иностранной уголовной юрисдикции, которая стала эталоном и которая вращается вокруг четырех основных идей:

- а) абсолютный иммунитет признается в отношении всех действий, совершенных министром иностранных дел во время его пребывания в должности;
- б) нет никаких исключений из такого иммунитета;
- с) иммунитет является «процессуальным барьером» для осуществления юрисдикции, но не материально-правовым барьером, мешающим сделать вывод о международной уголовной ответственности, в том числе за действия, которые могут быть составными элементами международных преступлений;
- д) индивидуальная уголовная ответственность охраняется посредством обращения к другим средствам правовой защиты, отличным от осуществления иностранной уголовной юрисдикции.

67. Так или иначе, следует отметить, что, хотя постановление по делу *Ордер на арест* обычно упоминается как эталон режима иммунитета всех должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, заключения Международного Суда по этому вопросу имеют ограниченную сферу применения. Так, как заявляет сам Суд в постановлении, «[для целей] [указанного] дела [...] необходимо рассматривать только иммунитет от уголовной юрисдикции и неприкосновенность министра иностранных дел»¹⁵⁶, не выходя за эти рамки. Это помещает ответ Международного Суда в область иммунитета *ratione personae*, поскольку нельзя заключить, что эта модель должна автоматически применяться к остальным должностным лицам государства, в отношении которых, как представляется, он признает существование дифференцированного правового режима. В любом случае решение Суда по интересующему нас вопросу является неопровержимым: нет никаких исключений из иммунитета министра иностранных дел от иностранной уголовной юрисдикции (и, следовательно, в отношении иммунитета *ratione personae*) даже в том, что касается совершения таких тяжких преступлений, как военные преступления и преступления против человечности.

¹⁵⁵ Ibid., пункт 61.

¹⁵⁶ Ibid., pág. 21, пункт 51 *in fine*.

68. Хотя это постановление было принято подавляющим большинством голосов, нельзя игнорировать то, что различные судьи выразили более нюансированные — и даже противоположные — мнения в отношении ограничений и исключений из иммунитета. В этой связи, хотя судьи Хиггинс, Коойманс и Бюргенталь поддержали позицию Международного Суда в отношении того, что не существует исключений, которые можно было бы применять к иммунитету в связи с рассматриваемым делом, тем не менее, они указали на проявляющуюся в литературе все более очевидную тенденцию утверждать, что «серьезные международные преступления не могут рассматриваться в качестве официальных деяний, поскольку они не являются ни обычными функциями государства, ни функциями, которые может осуществлять только государство (в отличие от отдельного лица)»¹⁵⁷. Помимо этого, они отметили необходимость сбалансированного толкования иммунитета, учитывающего необходимость отстаивания принципа суверенного равенства и особые потребности международных отношений, с одной стороны, и обеспечения того, чтобы это не шло вразрез с борьбой против безнаказанности, с другой; при этом они отметили все более заметную тенденцию к тому, что «исполнители серьезных международных преступлений не остаются безнаказанными и что этот факт оказывает воздействие на иммунитеты, которыми пользуются высшие должностные лица государства в силу традиционного обычного права»¹⁵⁸. По мнению этих трех судей, иммунитет никогда не может быть материально-правовым, и «это породило тенденцию — в случае международных преступлений — не признавать юрисдикционный процессуальный иммунитет в течение более длительного периода времени, чем тот, на протяжении которого должностное лицо государства, подозреваемое в их совершении, осуществляет свои полномочия»¹⁵⁹. Наконец следует отметить, что указанные судьи выражали также сомнения относительно жизнеспособности системы судебной защиты, альтернативной по отношению к той, которую упоминает Суд в своем постановлении¹⁶⁰.

69. Более весомой была позиция, которую занял судья Аль-Хасауна в его особом мнении: на его взгляд, иммунитет министра иностранных дел от иностранной уголовной юрисдикции должен быть ограничен действиями, совершаемыми в официальном качестве, и, что еще более важно для целей настоящего доклада, он ни в коем случае не может применяться к военным преступлениям, преступлениям против человечности и геноциду. По мнению этого судьи, не представляется разумным признавать, что иммунитет государства постепенно ограничивается с целью исключить действия коммерческого характера или *iure gestiones* и что, однако, следует сохранить иммунитет министра иностранных дел, когда он совершает международные преступления, особенно когда борьба с безнаказанностью достигла уровня *ius cogens*¹⁶¹.

70. Наконец, судья *ad hoc* ван ден Вингарт не только отрицала, что министры иностранных дел должны пользоваться иммунитетом *ratione personae*, но и, кроме того, включила в свою аргументацию новые элементы, которые можно резюмировать следующим образом: а) «распространение иммунитета *ratione personae* на министра иностранных дел будет приводить к чрезмерному умно-

¹⁵⁷ См. совместное особое мнение судей Хиггинс, Коойманса и Бюргентала, pág. 88, пункт 85.

¹⁵⁸ *Ibid.*, pág. 78, пункт 51, второй подпункт.

¹⁵⁹ *Ibid.*, pág. 85, пункт 74. См. также пункт 75.

¹⁶⁰ *Ibid.*, pág. 86, пункт 78.

¹⁶¹ См. особое мнение судьи Аль-Хасауны, особенно стр. 98 оригинала, пункт 7.

жению количества людей, которые пользуются — на международном уровне — юрисдикционным иммунитетом и создавать возможности для злоупотреблений. Правительства могут, по собственному желанию, назначать на министерские должности лиц, подозреваемых в совершении серьезных нарушений прав человека, с целью укрыть их от преследования за рубежом»¹⁶², и «юрисдикционный иммунитет с этого момента стал бы преградой для жертв таких нарушений в их стремлении добиться судебного преследования виновных за рубежом [...], и будет существовать риск коллизии с международными нормами прав человека»¹⁶³; b) существует «общая тенденция к ограничению иммунитета представителями государства (включая глав государств) не только в сфере частного и коммерческого права — это все больше ограничивает принцип *par in parem*, который был священным в свое время, — но и в сфере уголовного права, когда ссылаются на серьезные преступления с точки зрения международного права»¹⁶⁴; и c) альтернативная модель, которая, согласно постановлению, позволяла бы делать вывод об индивидуальной уголовной ответственности министра иностранных дел за совершение международных преступлений, не согласуется с реальностью, которую демонстрирует международная практика, или с ограниченным характером компетенции международных уголовных трибуналов¹⁶⁵.

71. В деле о *Некоторых вопросах взаимной правовой помощи по уголовным делам* Международный Суд также сослался на ограничения и исключения из иммунитета, повторив то, что он уже сказал в деле *Ордер на арест*:

«Глава государства пользуется, в частности, «иммунитетом от уголовной юрисдикции и общей неприкосновенностью», которые защищают его „от любого действия властей государства, которое является препятствием для осуществления его функций“»¹⁶⁶.

Это заявление Суд сделал, в любом случае, только в связи с иммунитетом *ratione personae*, которым пользовался бы президент Джибути. Напротив, поскольку не было вынесено никакого постановления относительно предполагаемого иммунитета Генерального прокурора Республики и директора национальной безопасности, нет никакого убедительного объекта отнесения в том, что касается ограничений и исключений, на который, в конечном итоге, можно было бы сослаться в обоих случаях.

72. Наконец, в деле *Вопросы, касающиеся обязательств осуществлять судебное преследование или выдавать*, Международный Суд также не высказывался по вопросу об иммунитетах, поскольку Чад сообщил Суду о снятии иммунитета с г-на Хиссена Хабре¹⁶⁷. Однако для настоящего доклада представля-

¹⁶² См. особое мнение судьи *ad hoc* ван ден Вингарт, pág. 150, пункт 21 *in fine*.

¹⁶³ *Ibid.*, págs. 150 y 151, пункт 22.

¹⁶⁴ *Ibid.*, pág. 151, пункт 23.

¹⁶⁵ *Ibid.*, págs. 159 y ss., пункты 34–38. В аналогичном смысле высказались судьи Хиггинс, Коойманс и Бюргенталь в своем совместном особом мнении, *ibid.*, pág. 86, пункт 78.

¹⁶⁶ *Djibouti c. Francia*, fallo, *C.I.J. Recueil 2008*, pág. 237, párr. 170.

¹⁶⁷ *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgica c. Senegal)*, fallo, *C.I.J. Recueil 2012*, pág. 422. Только судья *ad hoc* Сюр упомянул вопрос об иммунитете, заявив в своем особом мнении, что «Конвенция [против пыток] не предусматривает — в отличие, например, от Римского статута, — что иммунитет государственных органов не является недействительным в условиях судебного преследования, осуществляемого в национальных судах» (*ibid.*, pág. 620, пункт 54). Однако этот вопрос не был включен в число тех, которые были представлены на рассмотрение Суда.

ет интерес тот факт, что в своем постановлении Суд вновь настаивает на том, что «запрет пыток относится к сфере компетенции международного обычного права и приобрел характер императивной нормы (*jus cogens*)»¹⁶⁸. Наряду с этим представляется в равной мере интересной цель, которую Суд приписывает системе контроля, созданной на основании Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения или наказания, положения которой «направлены на то, чтобы не допустить безнаказанности лиц, предположительно виновных в применении пыток, обеспечивая, чтобы они не могли найти убежища на территории любого из государств-участников»¹⁶⁹. При этом Суд привносит аргумент борьбы с безнаказанностью в качестве одной из целей, преследуемых международным сообществом¹⁷⁰.

73. Если в ранее проанализированных постановлениях Международный Суд высказывался в отношении случаев, когда то или иное государство стремилось осуществлять свою юрисдикцию по отношению к отдельному лицу (должностному лицу государства), в деле *О юрисдикционных иммунитетах государства* вопрос ставится иначе. В этом деле перед Судом ставится вопрос не об иммунитете высокопоставленного должностного лица, а об иммунитете государства в строгом смысле этого слова. Несмотря на это, в постановлении по этому делу были затронуты вопросы, представляющие значительный интерес для института иммунитета, понимаемого в абстрактном смысле, в особенности процессуальный характер иммунитета, его взаимосвязь с осуществлением юрисдикции и его взаимосвязь с ответственностью. С другой стороны, Суд также коснулся в этом деле двух возможных исключений из иммунитета, а именно так называемое «территориальное исключение» и исключение, основанное на нарушении норм *jus cogens*, причем в обоих случаях прослеживалась тесная связь с военными преступлениями и преступлениями против человечности, совершенными во время Второй мировой войны на итальянской и греческой территории нацистскими оккупационными силами.

74. С учетом такого сложного содержания этого постановления нет ничего удивительного в том, что оно вызвало интересные академические дебаты¹⁷¹. С другой стороны, нельзя забывать и о том, что по причине его содержания оно в равной мере стало ссылочным объектом для того, чтобы определить правила,

¹⁶⁸ Ibid., pág. 457, пункт 99. Эта схема запрещения пыток поддерживалась даже некоторыми судьями в их отдельных или особых мнениях. Так, в своем особом мнении судья Сюэ недвусмысленно квалифицировал запрещение пыток как норму *jus cogens* (pág. 575, пункт 17), и одновременно он пришел к выводу о том, что «нормы *jus cogens*, по самой своей природе, не преобладают автоматически над применением этих процессуальных норм» (ibid.).

¹⁶⁹ Ibid., pág. 461, пункт 120.

¹⁷⁰ В их отдельных или особых мнениях некоторые судьи ссылались также на борьбу с безнаказанностью и ту роль, которую Конвенция против пыток играет в деле достижения этой цели. См. в этой связи мнения судей Кансаду Триндаде (ibid., pág. 519, пункт 83, и pág. 527, пункт 103) и Донохью (ibid., pág. 584, пункт 2).

¹⁷¹ См., в частности, Jaume Ferrer Lloret, «La insoportable levedad del derecho internacional consuetudinario en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia: el caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 24 (2012), págs. 1 a 36; Chimène I. Keitner, «Germany v. Italy and the Limits of Horizontal Enforcement. Some Reflections from a United States Perspective», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11 (2013), págs. 167 a 183; Lorna McGregor, «State Immunity and Human Rights. Is There a Future after Germany v. Italy?», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11 (2013), págs. 125 a 145.

присущие режиму иммунитета в широком смысле этого понятия. Вследствие этого для целей настоящего доклада представляется полезным анализ постановления, вынесенного по делу *О юрисдикционных иммунитетах государства*, в частности в том, что касается следующих аспектов: характер иммунитета и его взаимосвязь с юрисдикцией и режимом международной ответственности государства; влияние норм *jus cogens* на иммунитет; область действия так называемого «территориального исключения»; и вопрос о существовании параллельных путей судебного преследования.

75. В соответствии с его неоднократно повторявшимися судебными решениями Международный Суд сделал в этом постановлении акцент на чисто процессуальный характер иммунитета, который влияет не на определение ответственности государства, а на возможность осуществления иностранной юрисдикции для того, чтобы сделать вывод о такой ответственности. Так, в нем четко заявлено, что

«право на иммунитет имеет по существу процессуальный характер [...]. Оно регулирует осуществление юрисдикционной власти над тем или иным конкретным поведением и, таким образом, полностью отличается от материального права, которое определяет, является ли это поведение законным или нет»¹⁷².

76. В основе так понимаемого иммунитета лежит принцип суверенного равенства государства, который, однако, не действует самостоятельно. Напротив, Международный Суд утверждает, что указанный принцип

«должен рассматриваться в сочетании с принципом, согласно которому каждое государство обладает суверенитетом над своей собственной территорией — суверенитетом, из которого для него вытекает юрисдикционная власть в отношении действий, которые происходят на его территории, и в отношении лиц, которые находятся в ее пределах».

77. Поэтому Международный Суд признает необходимость установления баланса между коллидирующими принципами, и эту проблему он решает с использованием следующей формулы:

«Исключения из иммунитета государства представляют собой отступление от принципа суверенного равенства. Иммунитет может служить отступлением от принципа территориального суверенитета и от юрисдикционной власти, вытекающей из него»¹⁷³.

78. Квалификация иммунитета как процессуального барьера также обосновывается Международным Судом, который делает вывод о том, что он не вступает в противоречие с нормами *jus cogens*. Таким образом, как утверждает Суд:

«Если предположить [...], что нормы права вооруженных конфликтов, которые запрещают убийство гражданских лиц на оккупированной территории либо депортацию гражданских лиц или военнопленных, чтобы подвергнуть их принудительному труду, являются нормами *jus cogens*, то эти нормы не вступают в конфликт с нормами, регулирующими иммунитет государства. Эти две категории норм касаются, по сути дела, разных во-

¹⁷² Immunités juridictionnelles de l'État, fallo, C.I.J. Recueil 2012, pág. 124, párr. 58. См. также отдельное мнение судьи Коромы, стр. 157 оригинала, пункт 3.

¹⁷³ Ibid., págs. 123 y 124, пункт 57.

просов. Нормы, регулирующие иммунитет государства, являются процессуальными по своему характеру и ограничиваются определением того, правомочны ли суды одного государства осуществлять свою юрисдикцию по отношению к другому государству. Они никак не влияют на вопрос о том, было ли поведение, в отношении которого начаты действия, законным или незаконным. [...] По этой же причине факт признания иммунитета иностранного государства согласно обычному международному праву не равнозначен ни рассмотрению в качестве законной ситуации, создавшейся в результате нарушения нормы *jus cogens*, ни оказанию помощи или содействия в поддержании этой ситуации, и поэтому он не может противоречить принципу, провозглашенному в статье 41 статей Комиссии международного права об ответственности государства»¹⁷⁴.

И далее он добавляет:

«Норма *jus cogens* является нормой, которая не допускает никакого отступления, но правила, которые определяют сферу и масштабы юрисдикции, а также условия, в которых эта юрисдикция может осуществляться, не умаляют материальные нормы, которые имеют значение *jus cogens*, и нет ничего присущего понятию *jus cogens*, что принуждало бы изменить их или исключить их применение»¹⁷⁵.

79. Третий относящийся к этой теме вопрос, которым Международный Суд занимался в этом деле, касается того, существует ли в обычном международном праве какая-либо норма, позволяющая сделать вывод о существовании исключения из иммунитета государства, основанного на серьезном нарушении прав человека или международного гуманитарного права. В этой связи его ответ является отрицательным, поскольку Суд заявляет, что

«в обычном международном праве право на иммунитет не зависит ни от тяжести деяния, в совершении которого обвиняется государство, ни от императивного характера нормы, которую оно нарушило бы»¹⁷⁶.

80. Продолжая тему исключений, Международный Суд также отверг то, что так называемое «территориальное исключение» может применяться в деле, рассмотрением которого он занимался. Однако следует отметить, что в этом случае ответ Суда в отношении исключения является более нюансированным, чем в случае исключения, основанного на нарушении норм *jus cogens*. Так, он не отрицает существования исключения или даже существования определенной практики в этом отношении. Напротив, он ограничивается утверждением о его неприменимости в этом случае на том основании, что действия, вменяемые в вину Германии, несмотря на их серьезность, являются действиями *iure imperii*, которые всегда защищены иммунитетом от юрисдикции государства¹⁷⁷.

81. Наконец, в этом же постановлении Международный Суд также высказался по поводу утверждения Италии о том, что осуществление юрисдикции представляет собой «крайнее средство» ввиду невозможности добиться удо-

¹⁷⁴ Ibid., pág. 140, пункт 93. См., в целом пункты 92–97.

¹⁷⁵ Ibid., pág. 141, пункт 95.

¹⁷⁶ Ibid., pág. 137, пункт 84. Что касается голосов против, см. особое мнение судьи Кансаду Триндаде и личное мнение судьи Беннуны.

¹⁷⁷ Ibid., págs. 136–137, пункты 83 и 84. Что касается голосов против, см. особое мнение судьи *ad hoc* Гаджи.

влетворения упомянутого искового требования потерпевших относительно возмещения за причиненный ущерб. В этом же отношении Суд пришел к заключению о том, что иммунитет не зависит ни от существования или отсутствия права на возмещение, ни от существования альтернативного средства для достижения такой цели¹⁷⁸.

82. В конечном счете, в упомянутом деле Международный Суд, следуя своей предыдущей судебной практике, поддержал свое мнение об иммунитете как чисто процессуальном институте. Однако он сделал еще один шаг в направлении укрепления иммунитета государства, заключив, что его существование не вступает в противоречие с нормами *ius cogens* и что невозможно установить существование какого-либо исключения из указанного иммунитета, основанного на серьезном нарушении прав человека, международного гуманитарного права или других норм *ius cogens*, или установить применимость «территориального исключения» в случае иммунитета государства в отношении действий *iure imperii*. Наконец, можно считать, что он также отдаляется от модели альтернативного средства судебной защиты с целью избежать безнаказанности, которую он построил в решении по делу *Ордер на арест*.

83. В первом чтении можно априори считать, что позиция Международного Суда может оказывать влияние на иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции. Этому способствовал, без сомнения, обратный параллелизм, который сам Суд, как представляется, установил в следующем пункте постановления, между рассматриваемым делом и делом *Ордер на арест*:

«Хотя концепция *ius cogens* прямо и не упоминалась, [Суд] счел [в деле *Ордер на арест*], что тот факт, что министр иностранных дел обвинен в совершении преступлений, противоречащих нормам, которые, несомненно, имеют значение *ius cogens*, не помешал Демократической Республике Конго притязать — как ее на то уполномочивает международное право, — на то, что заинтересованное лицо пользуется иммунитетом. [...] Та же самая аргументация действует в случае применения обычного международного права в отношении иммунитета одного государства от преследования в судах другого государства»¹⁷⁹.

84. Этому в равной мере способствовал, вероятно, тот факт, что Международный Суд использует в своей аргументации национальную юрисдикцию, которая порой относится в большей степени к должностному лицу государства, чем к самому государству. Поэтому нет ничего удивительного в том, что это постановление иногда используется как основа для доказывания отсутствия какого-либо ограничения или исключения из иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, основанного на нарушении прав человека и норм международного гуманитарного права, а также на совершении международных преступлений¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Ibid., págs. 141–143, пункты 99–101. Что касается голосов против, см. особые мнения судей Кансаду Триндаде и Юсуфа и личное мнение судьи Беннуны.

¹⁷⁹ Ibid., pág. 141, пункт 95.

¹⁸⁰ В порядке примера см. в этом же разделе, как Европейский суд по правам человека использовал это постановление в качестве авторитетного критерия в деле *Jones et autres c. Royaume-Uni*.

85. Вместе с тем необходимо обратить внимание на тот факт, что сам Международный Суд ясно указал на то, в какой именно сфере применяется это постановление, а этой сферой является не что иное, как иммунитет государства, понимаемый в строгом смысле. Таким образом, достаточно отметить, что Суд заявляет, что дело *Пиночета* не является относимым для целей переданного ему на рассмотрение дела, поскольку оно касается иммунитета человека, а не иммунитета государства и, кроме того, оно касается иммунитета от уголовной юрисдикции, а не от гражданской юрисдикции¹⁸¹. Поэтому представляется очевидным, что Суд проводит четкое различие между иммунитетом государства и иммунитетом должностных лиц государств от иностранной уголовной юрисдикции. Этот вывод еще более очевидно проявляется в следующем заявлении Суда, которое не допускает никаких сомнений относительно его толкования:

«Суд делает вывод о том, что в нынешнем состоянии обычного международного права государство не лишается иммунитета в силу лишь того, что оно обвиняется в серьезных нарушениях международного права прав человека и норм международного права вооруженных конфликтов. Делая такой вывод, Суд хочет подчеркнуть, что он высказывается лишь насчет юрисдикционного иммунитета самого государства перед судами другого государства: вопрос о том, может ли и, в данном случае, в какой степени иммунитет применяться в рамках уголовного разбирательства, начатого против представителя государства, не возникает в этом деле»¹⁸².

86. Следовательно, хотя этот доклад не имеет целью критиковать аргументы, приведенные Международным Судом в своем решении по делу *О юрисдикционных иммунитетах государств*, и если признать то абстрактное значение, которое некоторые из них могут иметь для определения режима иммунитетов в международном праве, то следует отметить, что содержащиеся в нем выводы не могут быть автоматически перенесены в режим ограничений и исключений из иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции.

2. Европейский суд по правам человека

87. Со своей стороны, Европейский суд по правам человека высказался по вопросам, которые представляют интерес для рассмотрения ограничений и исключений из иммунитета, в постановлениях, вынесенных по делам *Аль-Адсани против Соединенного Королевства*¹⁸³, *МакЭлхинни против Ирландии*¹⁸⁴, *Калогерополу и другие против Греции и Германии*¹⁸⁵ и *Джонс и другие против Соединенного Королевства*¹⁸⁶.

¹⁸¹ См. *Immunités juridictionnelles de l'État*, fallo, C.I.J. Recueil 2012, pág. 137, пункт 87.

¹⁸² Ibid., págs. 139, пункт 91.

¹⁸³ *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 21 ноября 2001 года, иск № 35763/97, Recueil des arrêts et décisions 2001-XI.

¹⁸⁴ *McElhinney c. Irlande*, иск № 31253/96, Большая палата, решение от 21 ноября 2001 года, Recueil des arrêts et décisions 2001-XI.

¹⁸⁵ Иск № 59021/00, постановление от 12 декабря 2002 года, Recueil des arrêts et décisions 2002-X.

¹⁸⁶ *Jones et autres c. Royaume-Uni* (иски №№ 34356/06 и 40528/06), постановление от 2 июня 2014 года.

88. Во всех этих делах Европейский суд по правам человека делал заключение о том, что применение иммунитета государства от гражданской юрисдикции не является само по себе нарушением права на доступ к судам, признанного в статье 6, пункт 1, Европейской конвенции по правам человека¹⁸⁷. По мнению Суда, право доступа к правосудию может допускать ограничения при том условии, что они удовлетворяют следующим требованиям: а) они предусмотрены в законе; б) существует отношение пропорциональности между интересами, подлежащими защите посредством ограничения, и ограничениями на это право, которые возникают в результате этого; и с) ограничение не предполагает в действительности абсолютной потери права на доступ к правосудию¹⁸⁸. По мнению Суда, правило, касающееся иммунитета государства, будет соответствовать этим трем требованиям, поскольку оно является признанной нормой обычного международного права, оно соответствует законной цели, а именно гарантировать принцип суверенного равенства и поддержание стабильных и неконфликтных отношений между государствами, и, кроме того, оно не подразумевает полного исчезновения права на доступ к правосудию, поскольку истцы могут попытаться осуществить свое право другими способами, в число которых Суд включает как судебные действия (обжалование в судах другого государства), так и дипломатические шаги либо международные переговоры через посредство государства гражданства потерпевшего¹⁸⁹.

89. Так или иначе, необходимо учитывать, что это заявление о совместимости между юрисдикционным иммунитетом и правом на доступ к правосудию определяется Европейским судом по правам человека для целей иммунитета государства от гражданской юрисдикции, за исключением дела *Джонс*, в котором было заявлено об иммунитете должностных лиц государства от гражданской юрисдикции, причем к этой ситуации были применены те же выводы, которые уже были сформулированы раньше в отношении иммунитета государства¹⁹⁰.

90. Во-вторых, Европейский суд по правам человека высказался в отношении возможных исключений из правила об иммунитете, в частности в том, что касается пыток и норм *ius cogens*, с одной стороны, и так называемого «территориального исключения», с другой.

91. В связи с первым из этих вопросов Европейский суд по правам человека пришел к заключению о том, что, несмотря на серьезность, присущую любому деянию, составляющему нарушение той или императивной нормы права, в частности запрещения пыток, не представляется возможным найти в действующем международном праве какую-либо норму, закрепляющую исключение из иммунитета государства от гражданской юрисдикции, основанное на нарушении нормы *ius cogens*¹⁹¹. К этому нужно добавить, что в деле *Калогерополу* заключение Суда сводится к тому, что уже было сказано в деле *Аль-Адсани*, без

¹⁸⁷ Конвенция о защите прав человека и основных свобод (Европейская конвенция по правам человека) (Рим, 4 ноября 1950 года). Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 213, núm. 2889, pág. 221. На испанском языке см. España, Boletín Oficial del Estado, núm. 243-1979, 10 de octubre de 1979.

¹⁸⁸ См. дела *Al-Adsani*, пункт 53; *Kalogeropoulou*; *McElhinney*, пункт 34; и *Jones*, пункты 186 и 187.

¹⁸⁹ См. дела *Al-Adsani*, пункты 54–56; *Kalogeropoulou*; *McElhinney*, пункты 35–40; и *Jones*, пункты 188 и 189.

¹⁹⁰ См. дело *Jones*, пункты 204–206.

¹⁹¹ См. дела *Al-Adsani*, пункты 58, 61 и 63; и *Jones*, пункт 215.

привнесения каких-либо новых аргументов, и при этом было добавлено, что истец может получить удовлетворение своего правопритязания альтернативными методами¹⁹². Наконец, в связи с делом *Джонс* следует подчеркнуть, что, хотя Суд высказался против изменения своей прежней позиции, он оправдал это решение, в определенной степени, существующей в международном праве неопределенностью относительно режима исключений, сославшись, среди прочего, на тот факт, что Комиссия занимается этим вопросом, не приняв никакого решения в этой связи, и на тот факт, что международная практика постоянно меняется и отражает различные позиции относительно возможного исключения на основе пыток¹⁹³. Наряду с этим следует отметить, что Суд в качестве прецедента сослался на решение Международного Суда по делу *О юрисдикционных иммунитетах государств*¹⁹⁴. Вместе с тем нужно также помнить о том, что, как было прямо признано Судом, налицо, как представляется, «все более заметная поддержка специальной нормы или исключения в международном публичном праве в случаях, касающихся гражданских заявлений под воздействием пыток» и что, следовательно, «в свете развития событий в настоящее время в этой области международного публичного права этот вопрос должен находиться в поле зрения договаривающихся государств»¹⁹⁵.

92. С другой стороны, необходимо учитывать то, что против утверждения о существовании указанного исключения выступило немало членов Суда, высказавших особые мнения в связи с делами *Аль-Адсани*, *Калогеропулоу* и *Джонс*; в них они поставили акцент на определении запрещения пыток как нормы *ius cogens*, которая, соответственно, преобладает над любой другой нормой международного права, не относящейся к этой категории, включая нормы международного права, которые регулируют иммунитет от гражданской юрисдикции. Эти мнения имеют особую значимость в деле *Аль-Адсани*, учитывая то минимальное большинство голосов, которым было принято постановление (девять голосов против восьми)¹⁹⁶.

93. С своей стороны, так называемое «территориальное исключение» рассматривалось Европейским судом по правам человека в деле *МакЭлхинни*, в котором он сделал вывод об отсутствии такового в связи с действиями, являвшимися предметом спора, а именно жестоким обращением со стороны одного из членов вооруженных сил Соединенного Королевства с ирландским гражданином на территории Ирландии в рамках того, что происходило на границе Ирландии и Северной Ирландии. Чтобы прийти к такому выводу, Суд использовал ограничительное толкование территориального исключения, которое, по его мнению, применимо только к так называемым «страхуемым убыткам», связанным с деятельностью *iure gestionis*. С учетом этого он считал, что действия, подлежащие судебному разбирательству, однозначно являются действиями, совершаемыми в официальном качестве — действиями *ius imperii*, — за которые

¹⁹² См. дело *Kalogeropoulou*.

¹⁹³ См. дело *Jones*, пункты 95–154 и 193–195. С другой стороны, необходимость провести обзор прецедентного права Европейского суда по правам человека по делу *Аль-Адсани* была поддержана судьей Калайджиевой в ее особом мнении. Хотя и с другой целью, см. также совпадающее мнение судьи Бьянку.

¹⁹⁴ См. дело *Jones*, пункт 198.

¹⁹⁵ См. дело *Jones*, пункты 213 и 215.

¹⁹⁶ См. совместное несогласное мнение судей Розакис и Кафлиш, к которым присоединились судьи Вильдхабер, Коста, Кабрал Баррету и Вайиц. См. также особое мнение судьи Лоукаидес по делу *МакЭлхинни*.

несет ответственность Соединенное Королевство, из чего он сделал вывод о том, что речь идет об иммунитете от гражданской юрисдикции Соединенного Королевства¹⁹⁷. С другой стороны, следует отметить то, что Суд, как представляется, придал большое значение в своей аргументации тому факту, что истец имел в своем распоряжении возможность использования других средств судебной защиты для удовлетворения своих притязаний, в том числе возможность возбудить иск в судах Соединенного Королевства¹⁹⁸.

94. В-третьих, необходимо обратить внимание особенно на то, что, несмотря на непризнание им существования какого-либо исключения, Европейский суд по правам человека однозначно сделал вывод о том, что запрет пыток является нормой *jus cogens* и что это запрещение является абсолютным по своему характеру, не допускающим каких-либо исключений из обязательства, вытекающего из него, когда речь идет о нарушении запрещения пыток, а не о каком-то другом праве, которое может быть случайно связано с этим запретом как таковым¹⁹⁹. Как результат, следует отметить, что в деле *Аль-Адсани* Суд определил иммунитет от гражданской юрисдикции не как институт, препятствующий осуществлению юрисдикции британских судов в целях уголовного наказания за акт пытки, а как институт, позволяющий помешать британским судам требовать компенсацию от иностранного государства за акты пыток, совершенные его должностными лицами²⁰⁰. Этот аргумент, безусловно, стоит сохранить в настоящем докладе.

95. В любом случае и в свете конкретных заявлений, сделанных Европейским судом по правам человека в отношении исключений из иммунитета государства от гражданской юрисдикции в проанализированных постановлениях, из них можно извлечь ряд элементов, которые имеют отношение к целям настоящего доклада, а именно:

а) иммунитет государства от гражданской юрисдикции трактуется как исключение или ограничение права на доступ к судам и, следовательно, как исключение из осуществления юрисдикции государством суда;

б) указанное ограничение, хотя оно и совместимо с правом на доступ к правосудию, не может приводить к полной утрате самого права, тем более что Европейский суд по правам человека внес формулировку альтернативных средств правовой защиты, которая уже была использована Международным Судом в деле *Ордер на арест*;

¹⁹⁷ См. *McElhinney*, в особенности пункт 38. Что касается голосов против, см. особое мнение судьи Розакис, совместное особое мнение судьи Кафлиш, Кабрал Баррету и Вайиц и особое мнение судьи Лоукаидес.

¹⁹⁸ См. пункт 39. Надо учитывать то, что это заявление было опротестовано некоторыми судьями Суда, которые либо считали, что этот альтернативный путь в действительности не существует, либо считали, что его существование не имеет отношения к рассматриваемому делу, поскольку факты имели место в Ирландии, жертвой был ирландский гражданин, и, следовательно, ирландская территориальная юрисдикция должна в первую очередь предложить своему собственному гражданину средство судебной защиты. См. особое мнение судьи Розакис, совместное особое мнение судьи Кафлиш, Кабрал Баррету и Вайиц и особое мнение судьи Лоукаидес.

¹⁹⁹ См. *Al-Adsani*, пункт 59.

²⁰⁰ *Ibid.*, пункты 40 и 41.

с) запрет на применение пыток сам по себе определяется как норма *ius cogens*, которая устанавливает абсолютный запрет в отношении тех или иных действий, не допускающий никакого отступления.

Если к этим элементам добавить тот факт, что Европейский суд по правам человека ограничивает, прямо или косвенно, свои заявления об иммунитете государства от гражданской юрисдикции²⁰¹, то не представляется возможным сделать вывод о том, что эти постановления создают достаточную основу для подтверждения абсолютного характера иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции или же отсутствия исключений из него.

3. Международные уголовные трибуналы

96. Со своей стороны, различные международные уголовные суды и трибуналы ссылались на иммунитет должностных лиц государства от юрисдикции при осуществлении своих функций. Хотя принятые ими решения относятся к сфере международной уголовной юрисдикции, некоторые из содержащихся в них аргументов актуальны для целей настоящего доклада, поскольку они касаются общих вопросов или того, как иммунитет должностных лиц государства от уголовной юрисдикции действует в национальных уголовных судах.

97. Нюрнбергский международный военный трибунал уже ссылался на невозможность учитывать официальное положение обвиняемых или тот факт, что они действовали согласно полученным приказам, в качестве элементов, освобождающих обвиняемых от ответственности; кроме того, он заявил, что преступления, подпадающие под его юрисдикцию, отражают существование юридических обязательств, налагаемых международным правом непосредственно на лиц, которые, следовательно, не могут освобождаться от ответственности или судебного преследования в силу их связи с государством. Комиссия приняла во внимание принципы международного права, признанные в Уставе и в постановлениях Нюрнбергского трибунала (Нюрнбергские принципы), которые анализируются ниже и которые стали одним из постоянных ориентиров в ее работе над другими вопросами, такими как проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества²⁰². Кроме того, следует напомнить, что вклад Нюрнбергского трибунала в определение принципа индивидуальной уголовной ответственности также является отправной точкой для современного международного уголовного права. Однако на следующих страницах будут более подробно проанализированы решения, принятые международными уголовными трибуналами, которые выполняют свои обязанности с конца XX века.

98. Международный трибунал по бывшей Югославии высказывался относительно взаимосвязи между иммунитетом, которым пользуются должностные лица государства, и международными преступлениями, подтвердив существование исключения из норм, регулирующих иммунитет *ratione materiae*, как перед международными уголовными трибуналами, так и перед национальными судами. Так, в деле *Блашкича* он заявил, что указанное исключение

²⁰¹ См. то, что уже было сказано об этой проблеме в третьем докладе (A/CN.4/673, пункт 43) и в четвертом докладе Специального докладчика (документ A/CN.4/686, пункты 45 и 46 и первое примечание к пункту 46).

²⁰² См. раздел E ниже.

«проистекает из норм международного уголовного права, запрещающих военные преступления, преступления против человечности и геноцид. Согласно этим нормам лица, ответственные за совершение таких преступлений, не могут ссылаться на иммунитет от национальной или международной юрисдикции, даже если они совершили такие преступления, действуя в официальном качестве»²⁰³.

99. Той же позиции Международный трибунал по бывшей Югославии придерживался в других делах, в том числе в отношении иммунитета *ratione personae*, хотя и следует отметить, что в этих случаях он, как представляется, ограничивает исключение осуществлением своей собственной юрисдикции, не распространяя ее на дела, рассматриваемые в национальных судах²⁰⁴. Кроме того, Международный трибунал по бывшей Югославии, опираясь на Устав Нюрнбергского трибунала²⁰⁵, сформулировал это исключение в общем плане, заявив, что

«было бы неправильно предлагать, чтобы такой иммунитет существовал в международных уголовных трибуналах»²⁰⁶.

100. Со своей стороны, Специальный суд по Сьерра-Леоне также высказался относительно неприменимости иммунитета *ratione personae* в деле *Тейлора*, в котором были обоснованы обвинения в серьезных нарушениях международного гуманитарного права. В этом решении Суд основывает свое заявление не на том, какого рода преступления были совершены, а на самой природе Специального суда, рассматриваемого в качестве органа международной уголовной юрисдикции. Так, ввиду утверждения о том, что иммунитет *ratione personae* защищает Тейлора, Апелляционная палата заявила, что иммунитет

«вытекает из суверенного равенства государств и поэтому не имеет значения в международных уголовных трибуналах, которые не являются органами государства, а получают свои мандаты от международного сообщества»²⁰⁷,

придя, соответственно, к выводу о том, что

²⁰³ Международный трибунал по бывшей Югославии, Апелляционная палата, *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, IT-95-14-AR 108, 29 октября 1997 года, пункт 41, второй подпункт.

²⁰⁴ См. следующие дела: *Radovan Karadžić, Ratko Mladić and Mico Stanišić*, дело IT-95-5-D, официальное ходатайство Республики Босния и Герцеговина об отказе от юрисдикции, постановление Палаты предварительного производства, 16 мая 1995 года, *Judicial Reports 1994–1995*, пункт 24; *Slobodan Milošević*, дело IT-02-54-T, предварительные исключения, решение Палаты предварительного производства, 8 ноября 2001 года, пункт 31; *Anto Furundžija*, дело IT-95-17/1-T, постановление Палаты предварительного производства II, 10 декабря 1998 года, там же, 1998, пункт 140; *Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković*, дела IT-96-23-T и IT-96-23/1-T, постановление Палаты предварительного производства I, 22 февраля 2001 года, пункт 494.

²⁰⁵ Устав Международного военного трибунала, прилагаемый к Лондонскому соглашению о судебном преследовании и наказании главных военных преступников Европейских стран оси, 8 августа 1945 года (*United Nations Treaty Series*, vol. 82, pág. 279).

²⁰⁶ См. *Radislav Krstić*, дело IT-98-33-A, решение Апелляционной палаты о вызове в суд от 1 июля 2003 года, пункт 26.

²⁰⁷ *Taylor*, дело SCSL 2003-01-I, Апелляционная палата, решение об иммунитете от юрисдикции, 31 мая 2004 года, пункт 51. См. *International Law Reports (ILR)*, vol. 128, pág. 264.

«суверенное равенство государства не препятствует главе государства быть судимым международным уголовным трибуналом или судом»²⁰⁸.

101. Вопрос об иммунитете должностных лиц государства, особенно — но не исключительно — об иммунитете *ratione personae*, поднимался также в Международном уголовном суде в связи с ситуациями в Дарфуре-Судан, Ливии и Кении. Некоторые обвиняемые выдвигали в Суде довод о своем официальном статусе и вытекающем из него иммунитете, дабы не представлять (или не делать это на постоянной основе) перед Судом. В других случаях, в частности в деле *аль-Башира*, вопрос об иммунитете возникал в связи с обязательством сотрудничать с Судом в соответствии с положениями части IX Римского статута.

102. Хотя во всех случаях источник споров кроется в исполнении ордеров на арест или приказов о явке в суд, выданных Международным уголовным судом, в конечном итоге, эти споры сводятся к вопросу о сфере компетенции Суда и возможности — или отсутствии возможности — противопоставить ему «процессуальный барьер» на пути осуществления его юрисдикции. И во всех этих случаях Международный уголовный суд приходил к выводу о возможности ссылаться на иммунитет *ratione personae* или иммунитет *ratione materiae*.

103. Что касается ситуации в Дарфуре-Судан, то Международный уголовный суд говорил о неприменимости иммунитета в делах *аль-Башира* (*ratione personae*) и *Абдель Хуссейна* (*ratione materiae*). В обоих случаях, выдавая ордер на арест, Палата предварительного производства обосновывала неприменимость иммунитета упомянутых должностных лиц государства положениями, содержащимися в статье 27 Статута, и полномочиями Совета Безопасности на передачу дела Суду с учетом положений статьи 13(b) Статута. В совместном толковании обоих положений Международный уголовный суд пришел к выводу о том, что неотносимость служебного положения и невозможность ссылаться на национальные и международные иммунитеты полностью применяются в случае Дарфура, независимо от того, что это государство не является участником Римского статута, заявив, что

«передав ситуацию в Дарфуре на рассмотрение Суда в соответствии со статьей 13(b) Статута, Совет Безопасности Организации Объединенных Наций также согласился с тем, что расследования этой ситуации, а также вытекающее из него судебное преследование будут проходить в рамках правовой системы, предусмотренной в Статуте, Элементах преступлений и Правила в их совокупности»²⁰⁹.

104. Наряду с этим, Международный уголовный суд со всей определенностью подтвердил свою юрисдикцию, увязав ее с основной целью борьбы с безнака-

²⁰⁸ Ibid., пункт 52.

²⁰⁹ См. *Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, дело ICC-02/05-01/09, Палата предварительного производства I, решение относительно просьбы Прокурора о выдаче ордера на арест от 4 марта 2009 года, пункт 45. Необходимо иметь в виду, что Суд в предварительном плане объявил себя компетентным разбирать дело лица, не являющегося гражданином государства-участника, которое якобы совершило преступления, относящиеся к компетенции Суда, на территории государства, не являющегося государством-участником, на основании решения, принятого Советом Безопасности в соответствии со статьей 13(b) Статута (ibid., пункты 41 и 43). См. в этом отношении *Abdel Raheem Muhammad Hussein*, дело ICC-02/05-01/12, Палата предварительного производства I, решение относительно заявления Прокурора в соответствии со статьей 58 от 1 марта 2012 года, пункт 8.

занностью и обеспечения эффективного преследования лиц, обвиняемых в совершении самых серьезных преступлений, вызывающих озабоченность всего международного сообщества.

105. Международный уголовный суд придерживался такого же подхода, когда заявил об обязательстве со стороны Демократической Республики Конго сотрудничать посредством ареста и выдачи президента аль-Башира, в связи с которым он пришел к выводу о том, что тот не пользуется иммунитетом согласно международному праву, поскольку иммунитет был имплицитно снят Советом Безопасности, который, кроме того, наложил на Судан общее обязательство сотрудничать с Судом²¹⁰. Аналогичную аргументацию Суд использовал в делах *Муаммара Каддафи*, *Саифа аль-Ислама Каддафи* и *ас-Сенусси* в связи с ситуацией в Ливии²¹¹.

106. Напротив, в делах *Кениаты* и *Руто*, касающихся положения в Кении, Международный уголовный суд не ссылается прямо на указанный аргумент. В обоих случаях, отвечая на просьбу защиты о том, чтобы обвиняемые могли не присутствовать в ходе судебного слушания, дабы надлежащим образом исполнять свои функции президента и вице-президента Кении, Суд заявляет, что он не может принимать во внимание эти обстоятельства, поскольку в результате Второй мировой войны

«норма иммунитета была пересмотрена в пользу юрисдикции международных трибуналов в целях преследования глав государств и других высокопоставленных государственных должностных лиц за нарушения международного уголовного права»²¹².

По мнению Суда, статья 27 Римского статута ограничивается допущением этого принципа²¹³.

107. Подход, аналогичный тому, который находит свое отражение в делах *Кениаты* и *Руто*, использовался ранее Судом в делах, по которым он должен был высказаться в отношении отсутствия сотрудничества со стороны Малави и Чада в том, что касается ареста президента аль-Башира, когда он заявил, что

²¹⁰ См. дело ICC-02/05-01/09, Палата предварительного производства II, решение о сотрудничестве Демократической Республики Конго в отношении ареста Омара аль-Башира и его передачи Международному уголовному суду от 9 апреля 2004 года, пункт 29.

²¹¹ См. *Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, дело ICC-01/11, Палата предварительного производства, решение относительно просьбы Обвинителя в соответствии со статьей 58, 27 июня 2011 года, пункт 9.

²¹² См. *William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, дело ICC-01/09-01/11-777, Палата предварительного производства V (A), решение относительно просьбы г-на Руто разрешить ему не присутствовать постоянно в зале суда, 18 июня 2013 года, пункт 67. Обратите внимание, что в пунктах 66–70 этого решения Судебная палата ссылается на прецеденты Нюрнбергского трибунала, на другие международные уголовные трибуналы, на Устав Организации Объединенных Наций и на собственную работу Комиссии для обоснования своего решения.

²¹³ Ibid., пункт 69. См. в этом же отношении *Uhuru Muigal Kenyatta*, дело ICC-01/09-02/11-830, Палата предварительного производства V (B), решение относительно ходатайства защиты об удовлетворении просьбы не присутствовать постоянно в судебном разбирательстве на определенных условиях, 18 октября 2013 года, отдельное совпадающее мнение судьи Эбоу-Осуджи, пункт 32.

«обычное международное право создало исключение из иммунитета главы государства, когда международные трибуналы просят об аресте главы государства за совершение международных преступлений»²¹⁴.

108. В заключение, проанализированные выше решения позволяют сделать вывод о том, что международные уголовные суды или трибуналы, включая Международный уголовный суд, категорически отвергли возможность того, что иммунитет должностных лиц государства, как *ratione personae*, так и *ratione materiae*, может оспариваться в этих юрисдикциях. Кроме того, в порядке исключения некоторые из них распространили это заявление на национальные суды. Помимо этого, следует отметить, что решения, принятые международными уголовными судами или трибуналами в связи с этим вопросом, подняли особые вопросы, связанные с сотрудничеством национальных судов с международными судебными органами и теми последствиями, которые это может иметь для иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции. Эти вопросы будут проанализированы позднее в настоящем докладе²¹⁵.

D. Национальная судебная практика

109. Национальная судебная практика, в рамках которой делались ссылки на лиц, пользующихся иммунитетом, и на действия, охватываемые им же, уже были проанализированы в третьем и четвертом докладах Специального докладчика²¹⁶. В настоящем разделе проводится анализ решений национальных судов постольку, поскольку они высказывались о применимости или неприменимости иммунитета при определенных обстоятельствах, и, соответственно, в них содержатся выводы, которые важны для целей изучения ограничений и исключений из иммунитета. Для большей ясности, эти судебные решения анализируются ниже в зависимости от того, касаются ли иммунитета *ratione personae* или иммунитета *ratione materiae*. Хотя анализ практики фокусируется предпочтительно на решениях, принятых уголовными судами, точно так же, как и в предыдущих докладах, были учтены решения, вынесенные органами гражданской юрисдикции, когда это было сочтено полезным.

110. Начав с изучения решений, касающихся иммунитета *ratione personae*, следует прежде всего указать на то, что почти все национальные уголовные суды исходят из того, что главы государств (и иногда некоторые другие должностные лица высокого уровня) пользуются иммунитетом от иностранной уголовной юрисдикции все то время, в течение которого они исполняют свои функции. Суды признали полную применимость иммунитета от различных право-

²¹⁴ См. Решение, принятое в соответствии со статьей 87.7 Римского статута, касающееся невыполнения Республикой Малави просьбы Суда о сотрудничестве в отношении ареста и передачи Омара Хасана Ахмеда аль-Башира, 12 декабря 2011 года (Палата предварительного производства I, ICC-02/05-01/09-139, пункт 43). Тот же аргумент был воспроизведен в решении, принятом в соответствии со статьей 87, пункт 7, Римского статута, касающейся невыполнения Республикой Чад просьбы Суда о сотрудничестве в отношении ареста и передачи Омара Хасана Ахмеда аль-Башира, 13 декабря 2011 года (Палата предварительного производства I, ICC-02/05-01/09-140, пункт 13 *in fine*).

²¹⁵ См. глава III, раздел B.

²¹⁶ См. документ A/CN.4/673, пункты 29–38, и документ A/CN.4/686, пункты 49–60.

нарушений²¹⁷, включая международные преступления²¹⁸. Это утверждение основывается на существовании принципов или норм обычного международного права. Кроме того, в некоторых случаях заявление в пользу иммунитета *ratione personae* делалось в виде *obiter dictum* в делах, связанных с иммунитетом *ratione materiae*²¹⁹, а в других случаях это заявление коренилось в осуществле-

²¹⁷ См. следующие дела: *Re Honecker*, Федеративная Республика Германия, Федеральный верховный суд, постановление от 14 декабря 1984 года, ILR, vol. 80, pág. 366 (речь идет об уголовном судопроизводстве против тогдашнего Председателя Государственного совета Германской Демократической Республики-эквивалент главы государства — в связи с незаконным лишением свободы); *In re Hussein*, Германия, Региональный верховный суд Кёльна, постановление от 16 мая 2000 года, 2 Zs 1330/99, пункты 10–15, цитируется в Pedretti, *Immunity of Heads of State...*, pág. 151 (речь шла о процессе против главы государства Ирак, Саддам Хусейн, в связи с взятием заложников и их использованием для защиты целей во время второй войны в Заливе; суд счел, что речь не идет о преступлениях по международному праву); *In re Bouteflika*, Франция, кассационный суд, уголовная кассационная жалоба № 01-83440, постановление от 13 ноября 2001 года (речь идет о деле, связанном с клеветой и публичными оскорблениями).

²¹⁸ См. следующие дела: *Teodoro Obiang Nguema y Hassan II*, Испания, Национальная судебная коллегия, решение Центрального следственного суда № 5 от 23 декабря 1998 года; *Fidel Castro*, Испания, Национальная судебная коллегия, суд по уголовным делам, решение 1999/2723 от 4 марта 1999 года (также решения Центрального следственного суда № 2 Национальной судебной коллегии от 19 ноября 1998 года и 4 ноября 1999 года); *Milosevic*, Испания, Национальная судебная коллегия, решение следственного суда № 1 от 25 октября 1999 года; *Alan García Pérez y Alberto Fujimori*, Испания, Национальная судебная коллегия, решение от 15 июня 2001 года; *Silvio Berlusconi*, Испания, Национальная судебная коллегия, решение № 262/97 от 27 мая 2002 года; *Re Sharon and Yaron, HSA.v SA (Ariel Sharon) and YA (Amos Yaron)*, Кассационный суд Бельгии, 12 февраля 2003 года, ILR, vol. 127, pág. 123 (предположительно совершенными преступлениями, в которых он обвинялся, были геноцид, военные преступления и серьезные нарушения Женевских конвенций и дополнительных протоколов к ним); *Hugo Chávez*, Испания, Национальная судебная коллегия, Центральный следственный суд № 4, 24 марта 2003 года; *Re Mofaz*, Соединенное Королевство, мировой суд на ул. Бау, постановление от 12 февраля 2004 года, ILR, vol. 128, pág. 712 (речь идет о просьбе относительно выдачи ордера на арест министра обороны Израиля, обвиняемого в серьезных нарушениях Женевских конвенций); *Tatchell c. Mugabe*, Соединенное Королевство, мировой суд на ул. Бау, постановление от 14 января 2004 года, ILR, vol. 136, pág. 573 (речь идет о просьбе относительно выдачи ордера на арест главы государства Зимбабве, обвиняемого в совершении пыток); *The Hague City Party c. Paises Bajos*, Нидерланды, Гаагский окружной суд, постановление от 4 мая 2005 года, LJN AT5152, KG 05/432, пункт 3.6 (речь идет о любопытном деле, в котором президент Соединенных Штатов Джордж Буш был обвинен на основании полномочий, предоставленных ему Законом 2001 года о защите американских военнослужащих, согласно которому он мог отдавать приказ об использовании силы, в определенных обстоятельствах, в отношении лиц, находящихся под охраной Международного уголовного суда); *Re Bo Xilai*, Соединенное Королевство, мировой суд на ул. Бау, постановление от 8 ноября 2005 года, ILR, vol. 128, pág. 714 (речь идет о просьбе относительно выдачи на арест китайского министра торговли, обвиняемого в совершении преступления пыток); *Rwanda (Kagame)*, Испания, Национальная судебная коллегия, обвинительное заключение № 3/2008 от 6 февраля 2008 года, *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts* (ILDC) 1198 (ES 2008), пункт 4 (Национальная судебная коллегия постановила не возбуждать преследования против президента Кагаме за геноцид, военные преступления, преступления против человечности и акты терроризма, в то время как были привлечены к ответственности другие лица, подпадающие под категорию должностных лиц государства, за которыми, следовательно, не был имплицитно признан иммунитет *ratione materiae*).

²¹⁹ См. *Re Pinochet*, суд первой инстанции Брюсселя, постановление от 6 ноября 1998 года, ILR, vol. 119, págs. 345 y 349.

нии дискреционных полномочий, признанных за Генеральным прокурором государства или другими органами, когда их вмешательство или разрешение необходимо для того, чтобы можно было инициировать уголовное преследование²²⁰. Наконец, следует отметить, что, даже если национальные суды привычно высказывались по вопросу об иммунитете в контексте дел, возбужденных против какого-то конкретного должностного лица государства, лишь в чрезвычайных случаях тот или иной суд высказывал свое мнение в контексте производства, связанного с вынесением консультативного заключения²²¹.

111. В некоторых случаях суды пришли к выводу о том, что только иммунитет *ratione personae* может прекратить действовать в том случае, если международный договор четко устанавливает отказ, отмену или неприменимость такого иммунитета или устанавливает исключение в этом отношении²²². И только в чрезвычайных случаях тот или иной суд высказывался в пользу существования исключения из иммунитета *ratione personae* в случае преступлений по международному праву²²³ или ссылаясь на существование исключений из этой категории иммунитета, которые впоследствии никак не конкретизировались, помимо общего упоминания «особых положений [...], которые связывают обязательства заинтересованные стороны»²²⁴. Наконец, следует указать на то, что

²²⁰ См. следующие дела: *In re Rajapaksa*, решение Генерального атторнея Австралии от 25 октября 2011 года, цитируется в Pedretti, *Immunity of Heads of State...*, pág. 139 (речь идет о попытке возбудить судебный процесс против главы государства Шри-Ланка за военные преступления и преступления против человечности); *In re Jiang*, Германия, Генеральный прокурор Федерального верховного суда, 24 июня 2005 года, 3 ARP 654/03-2, пункт 1 (речь идет о процессе против бывшего китайского главы государства Цзян Цзэминя, обвиняемого в геноциде, преступлениях против человечности и пытках). Федеральный прокурор высказался насчет как иммунитета *ratione materiae*, так и иммунитета *ratione personae*; в деле *Лоран Кабила* в ответ на жалобу против главы государства Демократическая Республика Конго Государственный прокурор решил исключить этот вопрос из реестра дел на основе применения иммунитета (цитируется в Pedretti, *Immunity of Heads of State...*, pág. 152).

²²¹ В этой связи см. дело *Sesay (Issa) and ors v. President of the Special Court for Sierra Leone and ors*, Сьерра-Леоне, Верховный суд, постановление от 14 октября 2005 года, SC núm. 1/2003, ILDC 199 (SL 2005), пункт 52 (в ответ на вопрос о сфере действия иммунитета главы государства в судах иностранного государства Суд сделал вывод о том, что иммунитет применяется, независимо от того, что на него нельзя ссылаться в международных трибуналах).

²²² В этой связи см. следующие дела: *Re Sharon and Yaron, HSA.v SA (Ariel Sharon) and YA (Amos Yaron)*, Кассационный суд Бельгии, 12 февраля 2003 года, ILR, vol. 127, págs. 123 y 124 (бельгийский Кассационный суд счел, что этим требованиям не отвечают ни Конвенция о предотвращении преступления геноцида и наказании за него, ни Римский статут, ни Женевские конвенции и дополнительные протоколы к ним); *The Hague City Party c. Países Bajos*, Нидерланды, Гаагский окружной суд, постановление от 4 мая 2005 года, LJN AT5152, KG 05/432, пункт 3.6 (суд в данном случае счел, что единственным исключением из иммунитета действующих глав государств является статья 27 Римского статута).

²²³ См. *In re Hussein*, Германия, Региональный верховный суд Кёльна, постановление от 16 мая 2000 года (хотя суд признал иммунитет *ratione personae* президента Ирака, он заявил, что такой иммунитет может отступить перед совершением преступлений по международному праву, хотя он счел, что в данном случае таких преступлений не было).

²²⁴ См. дело *Gadafi*, Франция, Кассационный суд, постановление от 13 марта 2001 года, уголовная кассационная жалоба № 1414, ILR, vol. 125, pág. 509. В своем постановлении Кассационный суд заявил в связи с преступлениями терроризма, в совершении которых обвинялся глава государства Ливии, что «с учетом нынешнего состояния международного

в деле, связанном с актами коррупции, французский суд заявил, что действующий глава государства не пользуется иммунитетом от уголовной юрисдикции в отношении этой категории деяний²²⁵.

112. Гражданские суды также заявляли о применимости иммунитета *ratione personae*, причем даже в делах, в которых иск, направленный против главы государства, был связан с совершением тяжких преступлений²²⁶. Такое заявление также формулировалось в некоторых мнениях *obiter dictum* в рамках гражданских судебных решений²²⁷. Однако, в исключительных случаях тот или иной суд ограничивал иммунитет *ratione personae* действующего главы государства официальными действиями, исключая такой иммунитет в отношении частных актов²²⁸.

113. Особого анализа заслуживают постановления, принятые судами Южной Африки в связи с иском о том, чтобы власти этой страны приняли меры для задержания президента аль-Башира в соответствии с ордером на арест, выданным Международным уголовным судом. Как Верховный суд Южной Африки, так и Верховный апелляционный суд объявили неприменимым иммунитет *ratione personae* действующего главы иностранного государства²²⁹. Однако эти решения были основаны на обязательстве сотрудничать с Судом и на законодательстве самой Южной Африки, в котором четко заявлено о невозможности признавать иммунитет любого должностного лица иностранного государства, совершившего преступление геноцида, военные преступле-

права предполагаемые преступления, хотя и серьезные, не являются исключением из принципа иммунитета действующего главы иностранного государства от юрисдикции». В постановлении не указывается, какими будут эти исключения; в нем просто заявляется, что «международный обычай не допускает, чтобы пребывающие в должности главы государств подвергались процессуальным действиям в уголовных судах иностранного государства при отсутствии конкретных положений об обратном, обязательных для заинтересованных сторон». Так или иначе, Суд заявил, что г-н Каддафи пользуется иммунитетом *ratione personae*. В связи с этим делом следует отметить, что Апелляционный суд Парижа отклонил иммунитет, утверждая, что существует «общепринятая практика в законодательстве всех государствах, включая Францию, в соответствии с которой иммунитет от судебного преследования охватывает лишь те акты государственной власти или административной власти, которые совершаются главой государства, и к их числу никак нельзя причислить международные преступления» (Апелляционный суд Парижа, постановление от 20 октября 2000 года, ILR, vol. 125, pág. 498).

²²⁵ См. дело *Teodoro Nguema Obiang Mangue*, Франция, Апелляционный суд Парижа, *Pôle 7*, вторая следственная палата, постановление от 13 июня 2013 года; и Апелляционный суд Парижа, *Pôle 7*, вторая следственная палата, ходатайство об отмене решения, постановление от 16 апреля 2015 года.

²²⁶ См.: Бельгия: Мобуту против СА Котони, гражданский суд Брюсселя, постановление от 29 декабря 1988 года, ILR, vol. 91, p. 260 (дело против президента Мобуту, главы государства Заир).

²²⁷ См.: Маргеллос против Федеративной Республики Германия, Греция, специальный верховный суд, постановление от 17 сентября 2002 года, 129 ILR, p. 532 (заявление о возмещении ущерба и претензии к Германии за акты, совершенные во время второй мировой войны. Суд постановил, что, несмотря на изменения в международном праве, высокопоставленные должностные лица иностранного государства продолжали пользоваться иммунитетом, в том числе когда они обвинялись в военных преступлениях и преступлениях против человечности).

²²⁸ См. Мабуту и Республика Заир против Общества Логрин, Франция, апелляционный суд Парижа, постановление от 31 мая 1994 года, 113 ILR, p. 484.

²²⁹ Дело *Southern Africa Litigation Center* (сноска 33 выше), раздел 28.

ния и преступления против человечности. Решение Верховного апелляционного суда было обжаловано в Конституционном суде Южной Африки; рассмотрение апелляции в нем еще не было завершено на момент составления настоящего доклада.

114. Иммунитет *ratione materiae* должностных лиц иностранного государства привел к большому количеству решений в национальных уголовных судах. В этих постановлениях позиции, занятые государствами, менее единообразны, хотя можно сделать вывод о том, что внутренние суды признавали в ряде случаев существование ограничений и исключений из иммунитета в ситуациях, в которых шла речь о совершении международных преступлений²³⁰, преступле-

²³⁰ См. следующие дела: *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate ex parte Pinochet Ugarte* (núm. 3), Палата лордов Соединенного Королевства (UKHL) 17, [2000] 1 A.C. 147; *Pinochet*, Бельгия, Суд первой инстанции Брюсселя, постановление от 6 ноября 1998 года, ILR, vol. 119, pág. 349; *In re Hussein*, Германия, Региональный верховный суд Кёльна, постановление от 16 мая 2000 года, 2 Zs 1330/99, пункт 11 (делает такое заявление исходя из гипотезы о том, что тогдашний президент Хусейн прекратил выполнять такие функции); *Bouterse*, Нидерланды, Апелляционный суд Амстердама, постановление от 20 ноября 2000 года (хотя Верховный суд впоследствии отменил это решение, он сделал это не в связи с иммунитетом, а по причине нарушения принципа отсутствия обратной силы и ограниченной сферы действия универсальной юрисдикции; см. постановление от 18 сентября 2001 года); *Ariel Sharon y Amos Yaron*, Бельгия, Кассационный суд, постановление от 12 февраля 2003 года, ILR, vol. 127, pág. 123 (хотя Суд признал иммунитет *ratione personae* в отношении Ариеля Шарона, возбудил дело против Амоса Ярона, который, когда происходили эти события, командовал израильскими войсками, участвовавшими в массовых расправах в Сабре и Шатиле); *Fujimori*, Чили, Верховный суд, судья первой инстанции, постановление от 11 июля 2007 года, дело № 5646-05, пункты 15–17 (решение обусловлено рассмотрением просьбы о выдаче за серьезные нарушения прав человека и акты коррупции); *H. c. Fiscal público*, Нидерланды, Верховный суд, постановление от 8 июля 2008 года, ILDC 1071 (NL 2008), пункт 7.2; *Lozano c. Italia*, Италия, Кассационный суд, постановление от 24 июля 2008 года, ILDC 1085 (IT 2008), пункт 6; *A. contra Ministerio Público de la Confederación*, Швейцария, Федеральный уголовный суд, постановление от 25 июля 2012 года, BB.2011.140; *FF v. Director of Public Prosecution (caso Príncipe Nasser)*, Высокий суд правосудия, Судебная коллегия королевской семьи, апелляционное присутствие, постановление от 7 октября 2014 года [2014] EWHC 3419 (Admin.) (Интерес к этому постановлению вызван тем, что оно было вынесено как “*order consented*” (распоряжение, издаваемое по обоюдному согласию), то есть основанное на соглашении, достигнутом между истцами и директором публичных преследований, в котором последний признал, что акты пыток, вменяемые в вину принцу Насеру, не покрываются иммунитетом *ratione materiae*). В рамках гражданского производства Верховный суд Италии также подтвердил, что иммунитет *ratione materiae* не применяется в рамках уголовной юрисдикции в делах, связанных с совершением должностными лицами государства международных преступлений (*Ferrini c. República Federal de Alemania*, Кассационный суд, постановление от 11 марта 2004 года, ILR, vol. 128, pág. 674). В деле *Джонс*, хотя Палата лордов признала иммунитет от гражданской юрисдикции, она вновь заявила, что иммунитет от уголовной юрисдикции не применяется в случае пыток (*Jones v. Saudi Arabia*, Палата лордов, постановление от 14 июня 2006 года, [2006] UKHL 26, [2007] 1 A.C.). Наконец, следует отметить, что Федеральный высокий суд Эфиопии, хотя и в рамках дела, возбужденного против гражданина Эфиопии, подтвердил существование нормы международного права, препятствующей применению иммунитета к бывшему главе государства, обвиняемому в совершении международных преступлений (*Fiscal especial c. Coronel Hailemariam*, Верховный федеральный суд, постановление от 9 октября 1995 года, ILDC, 555 (ET 1995)).

ний коррупции или связанных с ними деяний²³¹, а также в отношении других международных по своей значимости деяний, таких как терроризм, диверсионная деятельность или уничтожение имущества и причинение смерти или ущерба людям в связи с указанными действиями²³². Кроме того, необходимо иметь в виду, что национальные суды рассматривали в ряде случаев дела должностных лиц третьего государства, касавшиеся международных преступлений, без каких-либо четких высказываний относительно иммунитета²³³.

²³¹ См. следующие дела: *Evgeny Adamov c. Departamento Federal de Justicia*, Швейцария, Федеральный суд, постановление от 22 декабря 2005 года, *Arrêts du Tribunal fédéral* 132 II (речь идет о деле, связанном с незаконным присвоением государственных средств); *Fujimori*, Чили, Верховный суд, судья первой инстанции, постановление от 11 июля 2007 года, дело № 5646-05, пункты 15-17 (решение вынесено в связи с рассмотрением просьбы о выдаче за серьезные нарушения прав человека и акты коррупции); *Teodoro Nguema Obiang Mangue*, Апелляционный суд Парижа, *Pôle 7*, вторая следственная палата, постановление от 13 июня 2013 года. Апелляционный суд Парижа, *Pôle 7*, вторая следственная палата, ходатайство об отмене решения, постановление от 16 апреля 2015 года.

²³² См. следующие дела: Франция, *Affaire du DC 10 UTA*, Специальный суд ассизов Парижа, постановление от 10 марта 1999 года (шесть ливийских должностных лиц различного уровня были заочно приговорены к пожизненному заключению за совершенный в 1989 году акт против самолета DC 10 компании UTA, приведший к падению самолета в пустыне Тенере и к гибели 170 человек); *R. v. Mafart y Prieur/Rainbow Warrior*, Новая Зеландия, Высокий суд, регистр Окленда, ноябрь 1985 года (действия, совершенные членами французских вооруженных сил и сил безопасности, заминировавшими судно *Rainbow Warrior*, в результате чего судно затонуло и несколько человек погибли; эти действия были квалифицированы как террористические акты); *Association des familles des victimes du Joola*, Франция, Кассационный суд, постановление от 19 января 2010 года, дело № 09-84818 (был подтвержден ордер на арест министра транспорта, начальника штаба вооруженных сил и начальника штаба военно-морских сил в связи с событиями, приведшими к потоплению судна *Joola*).

²³³ Так было, например, в деле *Barbie* во французских судах: *Federación Nacional de Deportados e Internados Resistentes y Patriotas y otros c. Barbie*, Франция, Кассационный суд, постановления от 6 октября 1983 года, 26 января 1984 года и 20 декабря 1985 года, ILR, vol. 78, pág. 125; *Federación Nacional de Deportados e Internados Resistentes y Patriotas y otros c. Barbie*, Суд ассизов Роны, постановление от 4 июля 1987 года, ILR, vol. 78, pág. 148; у Кассационный суд, постановление от 3 июня 1988 года, ILR, vol. 100, pág. 330. Ранее Окружной суд Иерусалима в деле *Эйхмана* осудил его за преступления против человечности, военные преступления и преступления против еврейского народа, отвергнув доводы обвиняемого в отношении того, что, поскольку он был начальником отдела гестапо, занимавшегося делами евреев, его действия должны рассматриваться как «действия государства» (*Fiscal General c. Eichmann*, Израиль, Верховный суд, постановление от 29 мая 1962 года, ILR, vol. 36, págs. 309 y 310). Со своей стороны, Национальная судебная коллегия Испании преследовала в судебном порядке различных иностранных должностных лиц по обвинениям в совершении международных преступлений, не считая необходимым высказываться по вопросу об иммунитете: см. дела *Pinochet*, *Scilingo*, *Cavallo*, *Guatemala*, *Rwanda* и *Tibet*. В деле *Rwanda* Национальная судебная коллегия решила, однако, не возбуждать судебного преследования против президента Кагаме в силу того, что он пользуется иммунитетом. Аналогичным образом, в деле *Tibet* Национальная судебная коллегия вынесла постановление против возбуждения судебного преследования в отношении тогдашнего президента Ху Цзиньтао; однако после завершения его срока полномочий на посту президента Китая Центральный следственный суд № 2 Национальной судебной коллегии дал согласие на его судебное преследование решением от 9 октября 2013 года, заявив, что он уже не пользуется «дипломатическим иммунитетом».

115 Однако аргументы, используемые национальными судами с целью прийти к заключению о неприменимости иммунитета *ratione materiae*, являются самыми различными. Например, в то время как, по мнению некоторых судов, иммунитет не должен применяться по причине тяжести деяния, совершенного должностным лицом государства²³⁴, в других случаях основанием для отказа в иммунитете было нарушение норм *jus cogens*²³⁵ или даже мнение о том, что соответствующие действия не могут рассматриваться как совершенные в официальном качестве, поскольку совершение указанных преступлений не может ни в коем случае считаться обычной функцией государства или должностного лица государства²³⁶.

116. Со своей стороны гражданские суды также заявляли о неприменимости иммунитета в таких же ситуациях, как и упомянутые выше, основывая свои решения главным образом на характере *jus cogens* нарушенных международных норм (фактически, прав человека и запрещения некоторых деяний, таких как пытки) и на характере действий, порождающих гражданский иск, как действий *ultra vires* должностного лица, которые не могут быть квалифицированы как официальные действия или которые выходят за обычные рамки того, что является функцией государства²³⁷.

²³⁴ *Eichmann*, Израиль, Верховный суд, постановление от 29 мая 1962 года, ILR, vol. 36, págs. 309 y 310. В деле *Ferrini* итальянские суды исходили как из тяжести совершенных преступлений, так и из того, что рассматриваемые действия противоречат нормам *jus cogens* (*Ferrini c. República Federal de Alemania*, Кассационный суд, постановление от 11 марта 2004 года, ILR, vol. 128, pág. 674).

²³⁵ В деле *Lozano* итальянский Кассационный суд обосновал отказ от иммунитета нарушением основных прав, которые имеют статус норм *jus cogens* и поэтому должны превалировать над нормами, регулирующими иммунитет (*Lozano c. Italia*, Италия, Кассационный суд, постановление от 24 июля 2008 года, ILDC 1085 (IT 2008), пункт 6). В деле *A. contra Ministerio Público de la Confederación* Федеральный уголовный суд Швейцарии обосновал свое решение существованием запрета на совершение международных преступлений обычного характера, которые швейцарские законодатели считают нормами *jus cogens*; помимо этого, он отметил непоследовательность между запрещением таких деяний и, в то же время, дальнейшим признанием иммунитета *ratione materiae*, которое предотвращало бы возбуждение расследования (*A. c. Ministerio Público de la Confederación*, Швейцария, Федеральный уголовный суд, постановление от 25 июля 2012 года, BB.2011.140).

²³⁶ См. следующие дела: *Pinochet*, Бельгия, Суд первой инстанции Брюсселя, постановление от 6 ноября 1998 года, ILR, vol. 119, pág. 349; *In re Hussein*, Германия, Региональный верховный суд Кёльна, постановление от 16 мая 2000 года, 2 Zs 1330/99, пункт 11 (делает такое заявление исходя из гипотезы о том, что тогдашний президент Хусейн прекратил выполнять такие функции). Наконец, стоит отметить, что в некоторых делах немецкие суды приходили к выводу о неприменимости иммунитета на том основании, что государство должностного лица перестало существовать и что, следовательно, обвиняемые уже не пользуются статусом должностных лиц. Все такие дела касались бывших должностных лиц Германской Демократической Республики: *Guardias de fronteras*, Федеральный верховный суд, постановление от 3 ноября 1992 года, ILR, vol. 100, pág. 373; *Stoph*, Федеральный конституционный суд, постановление от 21 февраля 1992 года, 2 BvR 1661/91, пункт 4; *Mauerschützen*, Федеральный конституционный суд, постановление от 24 октября 1996 года, 2 BvR 1851/94, 2 BvR 1853/94, 2 BvR 1875/94, 2 BvR 1852/94, пункт 127.

²³⁷ В этом смысле суд в Греции счел, что преступления, совершенные вооруженными силами, являются деяниями, присваиваемыми государству для целей международной ответственности, но они не могут считаться суверенными актами для целей иммунитета

117. Наконец, нужно отметить, что национальные суды, как гражданские, так и уголовные, не допускают применения иммунитета в отношении деяний, совершаемых должностными лицами государства, тесно связанных с частной деятельностью и направленных на личное обогащение должностного лица, а не благо суверена, или деяний, связанных с коррупцией²³⁸.

118. Так или иначе, в небольшом количестве дел национальные суды признавали иммунитет *ratione materiae* даже в отношении вышеупомянутых преступлений²³⁹, принимая во внимание в отдельных случаях противоречивые позиции в практике судов конкретного государства. Однако в любой из этих ситуаций разница в позициях является результатом различного режима, придаваемого иммунитету в отношении одних и тех же событий в зависимости от того, рассматривается ли дело в уголовных или в гражданских судах²⁴⁰.

государства (дело *Prefectura de Voiotia c. República Federal de Alemania*, Суд первой инстанции Ливадии, постановление от 30 октября 1997 года).

²³⁸ Дела *Estados Unidos c. Noriega*, Апелляционный суд Соединенных Штатов, 11-й округ, постановление от 7 июля 1997 года; *Jungquist c. Sheikh Sultan Bin Khalifa Al Nahyan*, Окружной суд Соединенных Штатов, округ Колумбия, постановление от 20 сентября 1996 года; *Melleiro c. Isabel de Borbón, ex Reina de España*; *Seyyid Ali Ben Hammoud, Prince Rashid c. Wiercinski*, Гражданский суд Сены, постановление от 25 июля 1916 года; *Ex Rey Farouk de Egipto c. s.a.r.l. Chistian Dior*, Апелляционный суд Парижа, постановление от 11 апреля 1957 года; *Ali Ali Reza v. Grimpel*, Апелляционный суд Парижа, постановление от 28 апреля 1961 года; *Trajan c. Marcos*, Estados Unidos, 978 F. 2d 493 (9.º circuito, 1992), ILR, vol. 103, pág. 521; *Doe c. Zedillo Ponce de León*; asunto *Jiménez c. Aristeguieta* (1962), ILR, vol. 32, pág. 353; *Jean-Juste c. Duvalier* (1988), núm. 86-0459 Civ (Tribunal de Distrito de los Estados Unidos), SD Fla; Суиза, *Adamov* (сноска 231 выше); *República de Filipinas c. Marcos y otros* (1986), ILR, vol. 81, pág. 581; *República de Filipinas c. Marcos y otros* (núm. 2) (1987, 1988), ILR, vol. 81, pág. 609; *República de Haití c. Duvalier* [1990] 1 QB 2002 (Reino Unido); *República Islámica del Irán c. Pajlavi* (1984), ILR, vol. 81, pág. 557 (Estados Unidos); в этом случае само правительство Соединенных Штатов заявило в суде, что правопритязание не может быть заблокировано ни на основании применения принципа суверенного иммунитета, ни на основании доктрины судебной неоспоримости действий иностранного государства; *Teodoro Nguema Obiang Mangue*, Апелляционный суд Парижа, *Pôle 7*, вторая следственная палата, постановление от 13 июня 2013 года у Апелляционный суд Парижа, *Pôle 7*, вторая следственная палата, ходатайство об отмене решения, постановление от 16 апреля 2015 года.

²³⁹ См. дела *Marcos et Marcos c. Office fédéral de la police*, Швейцария, Федеральный суд, постановление от 2 ноября 1989 года, *Arrêts du Tribunal fédéral* 115 Ib 496. См. также *Revue suisse de droit international et européen* (1991), pág. 535 e ILR, vol. 102, pág. 201 (речь идет о деле, касающемся финансовых операций, осуществленных супругами Маркос в период, когда Фердинанд Маркос был президентом Филиппин); Сенегал, *Fiscal c. Hissène Habré*, Апелляционный суд Дакара, постановление от 4 июля 2000 года, и Кассационный суд, постановление от 20 марта 2001 года, ILR, vol. 125, págs. 571 y 577 (акты пыток и преступления против человечности); *Jiang Zemin*, Германия, решение Федерального генерального прокурора от 24 июня 2005 года, 3 ARP 654/03-2 (Генеральный прокурор рассматривает бывшего главу государства Китай точно так же, как и действующего главу государства, исходя из необходимости гарантировать осуществление функций высокопоставленного должностного лица государства); *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia)*, Палата лордов, постановление от 14 июня 2006 года (Jones No. 2), UKHL 2006, 26.

²⁴⁰ Различный режим иммунитета *ratione materiae* в гражданской и уголовной юрисдикции особенно проявился в судах Соединенного Королевства: см. дела *Pinochet (R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate ex parte Pinochet Ugarte)* (núm. 3), UKHL 17, [2000] 1 A.C. 147), *Jones c. Kingdom of Saudi Arabia*, Палата лордов, постановление от 14 июня 2006 года, [2006] UKHL 26, [2007] 1 A.C.) и *Principe Nasser (FF v. Director of Public*

119. Отдельного анализа заслуживает практика судов Соединенных Штатов, которые высказывались в отношении иммунитета *ratione materiae* должностных лиц государства как в связи с применением норм, содержащихся в Законе о суверенном иммунитете иностранных государств (только в гражданских судах), так и в связи с применением норм, присущих *common law* (обычному праву) (как в гражданских, как и в уголовных судах), хотя эта вторая формула в целом применялась лишь после вынесения постановления по делу *Самантар*, когда Верховный суд заявил, что Закон о суверенном иммунитете иностранных государств применяется только в том случае, когда иск направлен против государства в строгом смысле этого понятия, а не против одного из его должностных лиц, рассматриваемых в личном качестве²⁴¹. Согласно первой из этих формул (Закон о суверенном иммунитете иностранных государств), определение иммунитета относится исключительно к сфере компетенции судов, в то время как во втором случае (обычное право) исполнительная власть имеет возможность определять, может ли то или иное лицо пользоваться иммунитетом, на основании «предположения об иммунитете», которое суды должны соблюдать, поскольку они могут решать этот вопрос самостоятельно только в том случае, если Государственный департамент не высказывает предположения об иммунитете²⁴².

120. Однако во многих делах, проанализированных на основании Закона о суверенном иммунитете иностранных государств суды Соединенных Штатов

Prosecution (caso Príncipe Nasser), Высокий суд правосудия, Судебная коллегия королевской семьи, апелляционное присутствие, постановление от 7 октября 2014 года [2004] EWHC 3419 (Admin.). Что касается этого различия в практике, см. документ A/CN.4/686, пункт 56. В деле *Bouzari c. Irán* Апелляционный суд Онтарио признал иммунитет Ирана (Исламской Республики) в отношении гражданской юрисдикции в деле, касавшемся пыток, хотя для этого он сослался на доктрину, примененную Палатой лордов в деле *Пиночета* с целью провести различие между иммунитетом от гражданской юрисдикции и иммунитетом от уголовной юрисдикции (2004 CarswellOnt 2681, 243 D.I.R. (4th) 406, 71 O.R. (3d) 675, 122 C.R.R. (2d) 26, 220 O.A.C. 1, пункт 91). То же самое произошло в деле *Fang c. Jiang Zemin* в судах Новой Зеландии, когда Верховный суд прямо заявил, что иммунитет не будет применяться к уголовной юрисдикции в случае совершения пыток (постановление от 21 декабря 2006 года, ILR, vol. 141, pág. 717). Совершенно противоположным был подход итальянского Кассационного суда, заявившего, что неприменимость иммунитета *ratione materiae* должностных лиц государства от уголовной юрисдикции в случае совершения военных преступлений и преступлений против человечности следует толковать в том смысле, что иммунитет государства также не может применяться, когда против него возбуждается гражданский иск за те же действия (*Ferrini c. República Federal de Alemania*, Кассационный суд, постановление от 11 марта 2004 года, ILR, vol. 128, pág. 674).

²⁴¹ Дело *Samantar c. Yousuf*, Соединенные Штаты, 130 S Ct. 2278 (2010). Что касается позиции, которую указанные суды занимали ранее, см. дело *Chuidian c. Filipinas*, Соединенные Штаты, 912 F.2d 1095 (9-й округ, 1990 год), ILR, vol. 92, pág. 480.

²⁴² Что касается изменений, происшедших в рассмотрении иммунитета должностных лиц государства в судах Соединенных Штатов, см., среди прочего, John B. Bellinger III, "The Dog that Caught the Car: Observations of the Past, Present, and Future Approaches of the Office of the Legal Adviser to Official Acts Immunities", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 44, núm. 4 (octubre de 2011), págs. 819 a 835; Harold Hongju Koh, "Foreign Official Immunity After *Samantar*: A United States Government Perspective", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 44, núm. 5 (noviembre de 2011), págs. 1141 a 1161; Chimène I. Keitner, «Annotated Brief of Professors of Public International Law and Comparative Law as *Amici Curiae* in Support of Respondents in *Samantar v. Yousuf*», *Lewis & Clark Law Review*, vol. 15, núm. 3 (cuarto trimestre de 2011), págs. 609 a 632.

объявляли неприменимым юрисдикционный иммунитет в случаях совершения международных преступлений и нарушений прав человека, преимущественно рассматриваемых как действия *ultra vires*, которые совершаются исключительно на благо должностного лица, не являются частью обычных функций государства или нарушают нормы *ius cogens*²⁴³. Это, однако, не мешало судам Соединенных Штатов признавать в отдельных случаях иммунитет *ratione materiae* даже тогда, когда действия, порождающие правопритязание, составляют международные преступления и серьезные нарушения прав человека²⁴⁴. Такое признание иммунитета *ratione materiae* происходило наиболее часто тогда, когда суды должны были выносить решения только на основе применения норм обычного права, что, по сути дела, объясняется тем большим весом, который имеет в такой системе мнение исполнительной власти, отраженное в «предположении об иммунитете»²⁴⁵. Несмотря на это, в ряде случаев, в которых делалось такое предположение, суды отказывали в иммунитете, будь то исходя из указанного предположения, будь то потому, что суд, несмотря на это предположение, изучил существо иска и рассматривал оспариваемые действия как дей-

²⁴³ См. дела *Letelier c. Chile*, Соединенные Штаты, 748 F.2d 790 (2-й округ, 1984 год); ILR, vol. 79, pág. 561; *Jiménez c. Aristeguieta*, 311 F.2d 547 (Соединенные Штаты, Апелляционный суд, 5-й округ, 1962 год); *Estados Unidos c. Noriega*; *Hilao y otros c. Marcos*, Апелляционный суд Соединенных Штатов, 9-й округ, постановление от 16 июня 1994 года (по мнению суда, акты пыток, казни и исчезновения представляют собой действия, совершенные Маркосом, которые не подпадают ни под какой официальный мандат и которые не могут рассматриваться как действия агентства или органа иностранного государства); *In Re Doe y otros c. Liu y otros, Xia Deren y otros*, Окружной суд Соединенных Штатов, Северный округ Калифорнии (C 02-0672 CW, C 02-0695 CW); *Rukmini S. Kline y otros c. Yasuyuki Kaneko y otros*, Верховный суд штата Нью-Йорк (Соединенные Штаты), постановление от 31 октября 1988 года; *Chiudian c. Banco Nacional de Filipinas*, Апелляционный суд 9-го округа (Соединенные Штаты), постановление от 29 августа 1990 года; *Maximo Hilao y otros, Vicente Clemente y otros, Jaime Piopongco y otros c. Herencia de Ferdinand Marcos*, Апелляционный суд 9-го округа (Соединенные Штаты), постановление от 16 июня 1994 года; *Teresa Xuncax, Juan Diego-Francisco, J. Doe, Elizabet Pedro-Pascual, Margarita Francisco-Marcos, Francisco Manuel-Mendez, Juan Ruiz Gomez, Miguel Ruiz Gomez y Jose Alfredo Callejas c. Héctor Gramajo y Diana Ortiz c. Héctor Gramajo*, Окружной суд Массачусетса (Соединенные Штаты), постановление от 12 апреля 1995 года; и *Bawol Cabiri c. Baffour Assasie-Gyimah*, Окружной суд Нью-Йорка (Соединенные Штаты), постановление от 18 апреля 1996 года.

²⁴⁴ См. *Saltany c. Reagan y otros*, Окружной суд Соединенных Штатов, округ Колумбия, постановление от 23 декабря 1988 года; *Arabia Saudita c. Nelson*, Верховный суд Соединенных Штатов, ILR, vol. 100, pág. 544; *Lafontant c. Aristide*, Окружной суд Соединенных Штатов, Восточный округ Нью-Йорка, постановление от 27 января 1995 года; *A,B,C,D,E,F c. Jiang Zemin*, octubre de 2002: это дело представляет интерес потому, что после завершения мандата Цзянь Цзэминя как Председателя в 2003 году группа конгрессменов от демократической партии пыталась вновь открыть соответствующее дело, но безуспешно, поскольку Государственный департамент поддерживал свое предположение об иммунитете; *Ye v. Zemin*, 383 F.3d 620 (7-й округ, 2004 год); *Matar v. Dichter*, 563 F. 3d 9 (2-й округ, 2009 год).

²⁴⁵ Что касается практики Государственного департамента в отношении предположения об иммунитете, см. Erica E. Smith, "Immunity Games: How the State Department has Provided Courts with a Post-Samantar Framework for Determining Foreign Official Immunity", *Vanderbilt Law Review*, vol. 67, núm. 2 (marzo de 2014), págs. 569 a 608.

ствия *ultra vires* или как действия, противоречащие императивным нормам международного права²⁴⁶.

121. В целом, исходя из анализа, проведенного на предыдущих страницах, следует заключить, что национальные суды почти единогласно признают отсутствие ограничений или исключений, применимых к иммунитету *ratione personae*. С другой стороны, в отношении иммунитета *ratione materiae* можно сделать вывод о том, что большинство из них склонны признать существование определенных ограничений и исключений из него будь то в силу тяжести преступлений, поскольку они нарушают императивные нормы права или угрожают ценностям международного сообщества в целом, будь то потому, что преступления, о которых идет речь, не могут рассматриваться как действия, совершенные в официальном качестве, так как они выходят за рамки обычных функций государства или не соответствуют им.

122. Чтобы завершить анализ национальной юриспруденции, необходимо сослаться на постановление Конституционного суда Италии от 22 октября 2014 года, интерес к которому уже был отмечен в четвертом докладе Специального докладчика²⁴⁷. Указанное постановление ссылается на проблемы, возникшие в связи с применением в итальянской правовой системе постановления Международного Суда по делу *О юрисдикционных иммунитетах государства*, и поэтому приводимые в нем аргументы касаются юрисдикционного иммунитета государства в строгом смысле этого понятия. Вместе с тем Суд посвящает значительную часть своих аргументов юрисдикционному иммунитету и его связи с правом на доступ к правосудию и действенной судебной защите в рамках эффективной защиты основных прав²⁴⁸; такие аргументы могут представлять интерес для настоящего доклада и поэтому кратко излагаются ниже:

а) право на доступ к правосудию и на эффективную судебную защиту неотъемлемых прав человека «является одним из великих принципов правовой культуры демократических систем в наши дни», который может ограничиваться только в определенных обстоятельствах;

²⁴⁶ См. *Enahoro v. Abubakar*, 408 F. 3d 877 (7-й округ, 2005 год); *Yousuf v. Samantar*, 699 F. 3d 763 (4-й округ, 2012 год) (хотя в этом деле Государственный департамент выступил против иммунитета, суд заявил, что предположение не является обязательным, и взвесил существо дела, придя к выводу о том, что в современном международном праве усиливается тенденция в пользу непризнания иммунитета должностного лица в отношении действий, которые нарушают нормы *jus cogens*, независимо от того, что действие может также быть приписано государству).

²⁴⁷ Интерес, который вызвало это постановление, выходит далеко за рамки темы иммунитетов государства и затрагивает вопросы большой важности, особенно те, которые касаются взаимосвязи между международным правом и внутренним правом. В качестве примера такого интереса см. монографическое исследование, посвященное постановлению 238/2014, в работе Robert Kolb, “The relationship between the international and municipal legal order: reflections on the decision no. 238/2014 of the Italian Constitutional Court”, *Questions of International Law (QIL), Zoom out II* (2014), págs. 5 a 16; Pasquale De Sena, “The judgment of the Italian Constitutional Court on State immunity in cases of serious violations of human rights or humanitarian law: a tentative analysis under international law”, *Questions of International Law (QIL), Zoom out II* (2014), págs. 17 a 31; Cesare Pinelli, “Between undue fiction and respect for constitutional principles”, *Questions of International Law (QIL), Zoom out II* (2014), págs. 33 a 41; Paolo Palchetti, “Judgment 238/2014 of the Italian Constitutional Court: In search of a way out”, *Questions of International Law (QIL), Zoom out II* (2014), págs. 44 a 47.

²⁴⁸ См., в частности, раздел 3.4 постановления.

б) юрисдикционный иммунитет государства может «оправдывать принесение в жертву принципа судебной защиты неотъемлемых прав, гарантируемых Конституцией» Италии, но только тогда, когда это «связано — с точки зрения существа, а не только формально — с суверенными функциями иностранного государства, то есть с осуществлением его государственных полномочий»;

с) определенные действия, такие как «депортация, принудительный труд и массовые убийства, которые признаются в качестве международных преступлений, [не могут] оправдать абсолютного принесения в жертву во внутренней системе судебной защиты неотъемлемых прав жертв этих преступлений». «Действия государства, которые могут рассматриваться как военные преступления и преступления против человечности, [либо как] нарушения прав человека, [...] [сами по себе] исключены из законного осуществления государственных полномочий»;

д) следовательно, «иммунитет не может защищать действия, которые не представляют собой типичное осуществление государственных полномочий, поскольку они явно рассматриваются и квалифицируются как незаконные, ибо они представляют собой серьезные нарушения неотъемлемых прав»;

е) иммунитет не может рассматриваться как приемлемое принесение в жертву права, упомянутого выше, когда, как в рассматриваемом деле, нет никакого иного эффективного средства получения доступа к судам и действенной судебной защиты.

Е. Другая работа Комиссии

123. В прошлом Комиссия рассматривала ряд тем, имеющих отношение к настоящему докладу, а именно: Принципы международного права, признанные Уставом Нюрнбергского суда и нашедшие выражение в решении этого Трибунала, проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества и проекты статей об «Ответственности государств за международно-противоправные деяния». Каждый из этих документов содержит положения, имеющие значение для определения значения ограничений и исключений из иммунитета, которые анализируются на следующих страницах. Комиссия занималась также вопросами, связанными с ограничениями и исключениями из иммунитета, в проекте статута международного уголовного суда и проектах статей о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности. Однако эти документы обсуждаются в других местах в настоящем докладе²⁴⁹.

124. Принципы международного права, признанные Уставом Нюрнбергского суда и нашедшие выражение в решении этого Трибунала, были одобрены Комиссией в 1950 году²⁵⁰ с учетом четкого мандата, предоставленного ей Генеральной Ассамблеей²⁵¹, которая приняла эти принципы к сведению в своей ре-

²⁴⁹ См. главу II, раздел А, выше.

²⁵⁰ Принципы международного права, признанные Уставом Нюрнбергского суда и нашедшие выражение в решении этого Трибунала, и комментарии к ним (*Ежегодник Комиссии международного права, 1950 год*, том II, стр. 374–378 оригинала, документ A/1316, пункты 95–127, особенно пункты 103 и 104). Текст воспроизводится в *Ежегоднике... 1985 год*, том II (часть вторая), стр. 12 и 13 оригинала, пункт 45).

²⁵¹ Резолюция 177 (II) от 21 ноября 1947 года.

золюции 488(V) от 12 декабря 1950 год. Как известно, принципы, содержащиеся в этом документе, послужили основой для дальнейшей работы Комиссии в отношении преступлений против мира и безопасности человечества, а также в отношении разработки статута международного уголовного суда.

125. В документе, принятом Комиссией, содержатся три основных принципа, имеющие значение для целей настоящего доклада, а именно: а) принцип индивидуальной уголовной ответственности, вытекающий из международного права, независимо от того, что установлено в национальном законодательстве²⁵²; b) принцип неотносимости официального положения для установления ответственности²⁵³; и с) принцип неприменимости полученных приказов в качестве основания для освобождения от ответственности²⁵⁴. Три указанных принципа тесно связаны между собой и имеют целью обеспечить, чтобы исполнитель международного преступления не оставался безнаказанным. В соответствии с этими принципами любое лицо, совершившее международное преступление, несет ответственность за него, независимо от официального положения и независимо от того, что оно действовало *motu proprio* или на основании приказа, полученного от правительства государства или вышестоящего начальника.

126. Изложенные выше принципы содержат ряд элементов, представляющих значительный интерес, которые были выделены Комиссией в своих комментариях к ним и которые можно резюмировать следующим образом:

а) международное право может налагать обязательства и обязанности непосредственно на физических лиц, без необходимости в посредничестве, точно так же, как оно делает в отношении государств. Как уже говорилось в четвертом докладе, Комиссия подтверждает, таким образом, двойную ответственность государства и личности за совершение международных преступлений, напоминая при этом знаменитое заявление Нюрнбергского трибунала: «преступления против международного права совершаются людьми, а не абстрактными образованиями, и только путем наказания отдельных лиц, совершающих такие преступления, могут быть соблюдены установления международного права»²⁵⁵;

b) международное право преобладает над внутренним правом, поскольку, как отметил Нюрнбергский трибунал, «люди имеют международные

²⁵² Принцип I гласит следующее: «Всякое лицо, совершившее какое-либо действие, признаваемое, согласно международному праву, преступлением, несет за него ответственность и подлежит наказанию». В свою очередь принцип II устанавливает следующее: «То обстоятельство, что по внутреннему праву не установлено наказания за какое-либо действие, признаваемое, согласно международному праву, преступлением, не освобождает лицо, совершившее это действие, от ответственности по международному праву» (*Ежегодник... 1985 год*, том II (часть вторая), стр. 12 оригинала, пункт 45).

²⁵³ Принцип III устанавливает следующее: «То обстоятельство, что какое-либо лицо, совершившее действие, признаваемое, согласно международному праву, преступлением, действовало в качестве главы государства или ответственного должностного лица правительства, не освобождает такое лицо от ответственности по международному праву» (там же).

²⁵⁴ В принципе IV сказано следующее: «То обстоятельство, что какое-либо лицо действовало во исполнение приказа своего правительства или начальника, не освобождает это лицо от ответственности по международному праву, если сознательный выбор был фактически для него возможен» (там же).

²⁵⁵ См. комментарий к принципу I, *Ежегодник... 1950 год*, стр. 374 оригинала, пункт 99.

обязанности, которые выходят за рамки обязательств национального послушания, навязываемых любым государством»²⁵⁶;

с) официальное положение или выполнение приказов не могут быть использованы для того, чтобы препятствовать несению индивидуальной ответственности за совершение преступлений по международному праву²⁵⁷.

127. Наконец, следует подчеркнуть, что содержание Нюрнбергских принципов задумано в указанном документе как, по существу, материально-правовое, и поэтому текст, принятый Комиссией, не содержит четкой ссылки на иммунитет как процессуальный барьер для осуществления юрисдикции ни национальным судом, ни международным трибуналом. Однако этот материально-правовой аспект принципов должен пониматься с учетом его связи с Уставом Нюрнбергского трибунала и постановлениями, вынесенными этим Трибуналом, в которых компетенция Трибунала воспринимается как должное, а ссылка на официальное положение и выполнение приказов начальника задуманы, по сути дела, как форма материально-правовой защиты, действительность которой отрицается в Уставе и в решении Трибунала, что не помешало самому Трибуналу ссылаться в некоторых случаях, прямо или косвенно, на иммунитет в своем решении, как видно из следующих заявлений, процитированных Комиссией в своем комментарии к принципу III²⁵⁸:

«Принцип международного права, который при определенных обстоятельствах защищает представителя государства, не может применяться к деяниям, которые осуждены как преступные международным правом. Совершившие эти деяния не могут укрываться за своим официальным положением, с тем чтобы освободиться от наказания в надлежащем судопроизводстве.

Тот, кто нарушает законы ведения войны, не может оставаться безнаказанным на основании того, что он действует в соответствии с распоряжением государства, если государство, давая санкцию на подобные действия, выходит за пределы своей компетенции, предоставляемой ему согласно международному праву».

128. В таком же духе Комиссия занималась вышеупомянутыми вопросами в проекте кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, как в варианте, принятом в 1954 году²⁵⁹, так и в варианте, принятом в 1996 году²⁶⁰, хотя в рамках нижеследующего анализа ссылки делаются в основном на последний вариант. В нем Комиссия вновь повторяет принципы индивидуальной уголовной ответственности²⁶¹, неотносимости официального положения²⁶² и

²⁵⁶ Ibid., стр. 375 оригинала, пункт 102.

²⁵⁷ См. комментарии к принципам III и IV, в особенности пункты 103 и 105, *ibid.*

²⁵⁸ Ibid., пункт 103.

²⁵⁹ *Ежегодник... 1954 год*, том II, стр. 150 оригинала.

²⁶⁰ *Ежегодник... 1996 год*, том II (часть вторая), стр. 19 оригинала, пункт 50.

²⁶¹ В соответствии с пунктом 1 статьи 2 проекта кодекса 1996 года, «преступление против мира и безопасности человечества влечет за собой индивидуальную ответственность» (*ibid.*, стр. 21 оригинала), которая, согласно положениям статьи 3, выражается в «наказании», которое является «соразмерным с учетом тяжести этих преступлений» (*ibid.*, стр. 25 оригинала). См. аналогичную формулировку в статье 1 проекта кодекса 1954 года, которая устанавливает, что «преступления против мира и безопасности человечества, определяемые в настоящем Кодексе, являются международно-правовыми преступлениями,

невозможности ссылаться на приказы правительства или вышестоящего начальника²⁶³.

129. Точно так же, как и в 1950 году, текст, принятый Комиссией, определяет указанные принципы, по сути дела, материально-правовыми категориями и не содержит явных ссылок на иммунитет, рассматриваемый в процессуальном смысле. Вместе с тем следует отметить, что принятые Комиссией комментарии к проекту кодекса более детально касаются иммунитета в случае преступлений против мира и безопасности человечества, который отвергается как с точки зрения существа, так и в процессуальном отношении. Так, комментируя статью 7, посвященную безотносительности официального положения, Комиссия заявила следующее:

«Государственное должностное лицо, которое планирует такие преступления, побуждает к их осуществлению, санкционирует их совершение или отдает приказы о совершении таких преступлений, не только обеспечивает средства и персонал, требуемые для совершения преступления, но и превышает свои полномочия, которыми оно наделено. Поэтому можно полагать, что его виновность превосходит вину подчиненного, который фактически совершает преступные деяния. Было бы странным разрешать лицам, которые в некоторых отношениях несут наибольшую вину за совершение преступлений, охватываемых кодексом, пользоваться суверенитетом государства и прикрываться иммунитетом, которым они наделяются в силу занимаемых ими должностей, тем более что эти тягчайшие преступления шокируют сознание человечества, нарушают некоторые из фундаментальных принципов международного права и угрожают международному миру и безопасности»²⁶⁴.

ответственные за которые индивидуумы наказуются» (*Ежегодник... 1954 год*, том II, стр. 150 оригинала).

²⁶² В соответствии со статьей 7 проекта кодекса 1996 года, «официальный статус лица, совершающего преступление против мира и безопасности человечества, даже если оно действовало как глава государства или правительства, не освобождает его от уголовной ответственности и не является обстоятельством, смягчающим наказание» (*Ежегодник... 1996 год*, том II (часть вторая), стр. 29 оригинала). Со своей стороны, проект кодекса 1954 года устанавливает в статье 3 следующее: «Тот факт, что лицо действовало в качестве главы государства или как ответственное правительственное должностное лицо, не освобождает его от ответственности за совершение любого из преступлений, определенных в настоящем Кодексе» (*Ежегодник... 1954 год*, том II, стр. 150 оригинала).

²⁶³ Проект кодекса 1996 года регулирует этот принцип в статье 5, в которой предусмотрено следующее: «Тот факт, что какое-либо лицо, обвиняемое в совершении преступления против мира и безопасности человечества, действовало во исполнение приказа своего правительства или вышестоящего должностного лица, не освобождает это лицо от уголовной ответственности, но может быть учтен как обстоятельство, смягчающее наказание, если это диктуется интересами правосудия» (*Ежегодник... 1996 год*, том II (часть вторая), стр. 26 оригинала). Проект кодекса 1954 года касается этого принципа в статье 4, согласно которой «то обстоятельство, что какое-либо лицо, обвиняемое в совершении какого-либо преступления, определяемого в настоящем Кодексе, действовало во исполнение приказа своего правительства или начальника, не освобождает это лицо от ответственности по международному праву, если в условиях того времени оно могло не выполнять этого приказа» (*Ежегодник... 1954 год*, том II, стр. 150 оригинала).

²⁶⁴ *Ежегодник... 1996 год*, том II (часть вторая), стр. 29 оригинала, пункт 1 комментария к статье 7. В пункте 3 комментария указывается на то, что «Нюрнбергский трибунал отклонил ссылку на акт государственной власти и иммунитет, которая была выдвинута

130. Кроме того, в том же комментарии Комиссия выносит заключение о неприменимости иммунитета должностного лица государства как с материально-правовой, так и с процессуальной точки зрения, заявляя следующее:

«Статья 7 имеет своей целью предотвратить положение, при котором лицо, совершившее преступление против мира и безопасности человечества, могло бы использовать свой официальный статус в качестве обстоятельства, освобождающего его от ответственности или предоставляющего ему какой-либо иммунитет, даже если оно утверждает, что действия, представляющие собой преступные деяния, были осуществлены во исполнение его функциональных обязанностей. Как отмечалось Нюрнбергским трибуналом в его приговоре, принцип, который при определенных обстоятельствах защищает представителей государства, не применяется к действиям, которые являются преступлениями по международному праву. Так, лицо не может прикрываться своим должностным положением, чтобы избежать ответственности за такое деяние. Как далее отмечалось Нюрнбергским трибуналом в его приговоре, исполнитель какого-либо преступления по международному праву не может прикрываться своим должностным положением, чтобы избежать наказания в надлежащем порядке. Отсутствие какого-либо процессуального иммунитета, в том что касается судебного преследования или наказания в рамках соответствующего судебного разбирательства, является важным принципом, свидетельствующим об отсутствии иммунитета в целом или исключаяющего вину обстоятельства. Парадоксальной представляется ситуация, когда лица лишали бы возможности использовать свое должностное положение для освобождения от ответственности за совершение преступления лишь для того, чтобы разрешить ему использовать эти же обстоятельства для избежания последствий такой ответственности»²⁶⁵.

131. Эти заявления, содержащиеся в комментариях, представляют, кроме того, особый интерес для темы настоящего доклада, если принять во внимание то, что Комиссия рассматривает норму, касающуюся неотносимости официального положения, как применимую и в национальном суде, и в международном трибунале. Так, хотя Комиссия действительно указала, что «судебное разбирательство в международном уголовном суде представляло бы собой пример квинт-эссенции соответствующего судебного разбирательства, в рамках которого лицо не могло бы прикрываться фактическим или процессуальным иммунитетом на основе своего официального статуса, с тем чтобы избежать судебного преследования и наказания»²⁶⁶, столь же очевидно и то, что, по ее мнению, проект кодекса призван оказывать особое влияние на национальные постановления и национальные суды. Так, она не только заявляет в общем плане, что, как ожидается, «национальным судам отводится важная роль в осуществлении Кодек-

некоторыми подсудимыми в качестве исключаяющего вину обстоятельства или основания для иммунитета» (там же).

²⁶⁵ Там же, стр. 30 оригинала, пункт 6 комментария к статье 7. В комментарии к статье 9, касающейся обязательства *aut dedere aut judicare*, касаясь случаев иммунитета, предоставленного обвиняемому по причине сотрудничества с правосудием, Комиссия подтвердила также, что «Допускать такой иммунитет для лиц, виновных в совершении преступлений по международному праву, таких, как геноцид, — значит действовать вопреки интересам всего международного сообщества» (там же, стр. 34 оригинала, пункт 4 комментария).

²⁶⁶ Там же, стр. 30 оригинала, сноска 69.

са»²⁶⁷, но и включает в свои комментарии к статье 8, посвященной установлению юрисдикции в отношении преступлений, о которых идет речь, следующее:

«Комиссия считала, что для эффективного осуществления Кодекса требуется комбинированный подход к юрисдикции, основанный на самой широкой юрисдикции национальных судов вкупе с возможной юрисдикцией международного уголовного суда»²⁶⁸.

Далее она добавила, что «это положение, да и сам Кодекс, не применяются к этим [международным] трибуналам, которые регламентируются своими соответствующими уставами»²⁶⁹.

132. Поэтому можно сделать вывод о том, что, по мнению Комиссии, положения проекта кодекса предназначаются в основном для национальных судов²⁷⁰ и что, провозгласив требование к государству «принять любые процессуальные или материальные меры, которые могут быть необходимы, чтобы оно могло эффективно осуществлять юрисдикцию»²⁷¹, проект включает также обязательство принимать положения, исключающие применимость иммунитета, так, как это определено Комиссией в ее комментариях к проекту кодекса.

133. Наконец, следует помнить о том, что и в Нюрнбергских принципах, и в проекте кодекса преступлений против мира и безопасности человечества перечисляется целая серия преступлений согласно международному праву. В первом случае перечисляются так называемые преступления против мира, военные преступления и преступления против человечности²⁷². В свою очередь, проект кодекса квалифицирует преступление агрессии, преступление геноцида, преступления против человечности, преступления против персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала и военные преступления²⁷³. Комиссия, возможно, пожелает принять во внимание этот перечень преступлений, который она же сама и разработала, для того, чтобы установить деяния, которые, в принципе, могут квалифицироваться как международные преступления для целей определения ограничений или исключений из иммунитета.

134. Хотя, в силу очевидных причин, проекты статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния²⁷⁴ не имеют отношения к возможным ограничениям и исключениям из иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, в них содержится ряд концепций, которые могут быть важными для целей настоящего доклада, поскольку они тесно связаны с определенными аргументами, которые выдвигались и дебатировались в литературе и на практике в качестве основания для

²⁶⁷ Там же, стр. 20 и 21 оригинала, пункт 13 комментария к статье 1, пункт 2.

²⁶⁸ Там же, стр. 31 оригинала, пункт 5 комментария к статье 8.

²⁶⁹ Там же, стр. 33 оригинала, пункт 11 *in fine* комментария к статье 8.

²⁷⁰ В этих комментариях Комиссия проводит также интересный анализ отношений между международными уголовными трибуналами и национальными судами, которые будут рассмотрены более подробно в главе III, раздел В, ниже.

²⁷¹ Там же, стр. 32 оригинала, пункт 10 комментария к статье 8.

²⁷² См. принцип VI (*Ежегодник... 1985 год*, том II (часть вторая), стр. 12 оригинала, пункт 45).

²⁷³ *Ежегодник... 1996 год*, том II (часть вторая), стр. 53 и далее, статьи 16-20. См. также статью 2 проекта кодекса 1954 года (*Ежегодник... 1954*, том II, стр. 150 оригинала).

²⁷⁴ *Ежегодник... 2001 год*, том II (вторая часть), стр. 26, пункт 76.

таких ограничений и исключений. Кроме того, в своих комментариях к проектам статей Комиссия привносит элементы, которые могут быть полезными для нашей работы постольку, поскольку они позволяют найти более подходящее место для преступлений по международному праву в рамках международной правовой системы. Такими элементами являются, по сути дела, следующие:

- a) определение примата императивных норм;
- b) подтверждение существования обязательств перед международным сообществом в целом;
- c) определение специальной модели реагирования на случаи, связанные с серьезным нарушением обязательства, вытекающего из императивной нормы; и
- d) определение самых серьезных преступлений по международному праву в качестве нарушений императивных норм.

135. Что касается первого из этих вопросов, то Комиссия занимается им в своем комментарии к статье 26 (Соблюдение императивных норм), которая имеет целью сохранение примата указанных норм, в том числе в случаях, когда могут возникать «обстоятельства, исключающие противоправность»²⁷⁵. В этой связи Комиссия затрагивает вопрос о взаимосвязи между императивной и неимперативной нормами, делая вывод о том, что первая из них должна преобладать. По мнению Комиссии, такой примат является очевидным, когда возникает коллизия между двумя первичными нормами, но он действует и в случае коллизии между первичными и вторичными нормами, причем — говоря словами Комиссии — применение вторичных норм (имеются в виду нормы, исключающие противоправность) «не санкционирует и не оправдывает никаких отступлений от императивной нормы общего международного права»²⁷⁶. В этом отношении представляется значимым следующий пример, приведенный Комиссией: «государство, принимающее контрмеры, не может отступать от такой нормы: так, геноцид не может оправдывать контргеноцид»²⁷⁷.

136. Кроме того, Комиссия включает в свои аргументы еще один представляющий значительный интерес элемент в отношении примата императивных норм, отмечая, что иногда при возникновении коллизии между первичными нормами эта коллизия не обязательно должна урегулироваться посредством вторичных норм, касающихся ответственности. Напротив, «в тех случаях, когда существует явная коллизия между первичными обязательствами, одно из которых возникает для государства непосредственно из императивной нормы общего международного права, представляется очевидным, что такое обязательство должно иметь преимущественную силу. В процессе толкования и применения такие вопросы следует решать», поскольку «императивные нормы общего международного права закрепляют четкие принципы толкования, позволяющие урегулировать все или большинство очевидных коллизий»²⁷⁸. Такого

²⁷⁵ Следует помнить о том, что, как указано в той же статье, «Ничто в настоящей главе не исключает противоправности любого деяния государства, если это деяние не соответствует обязательству, вытекающему из императивной нормы общего международного права» (там же, стр. 101).

²⁷⁶ Там же, пункт 4 комментария к статье 26.

²⁷⁷ Там же.

²⁷⁸ Там же, пункт 3 комментария к статье 26.

рода «сообразное толкование» может, таким образом, иметь особое значение для темы настоящего доклада в целях установления надлежащего баланса между различными первичными нормами.

137. Во-вторых, следует отметить, что в своем общем комментарии к главе III второй части проектов статей («Серьезные нарушения обязательств, вытекающих из императивных норм международного права») Комиссия упоминает «качественное разграничение между различными нарушениями международного права»²⁷⁹, а также существование «понятия обязательств перед международным сообществом в целом»²⁸⁰, и обе эти категории рассматриваются в судебной практике Международного Суда. Комиссия не высказывалась о том, являются ли или нет «императивные нормы общего международного права и обязательства перед международным сообществом в целом» «асpekтами одной и той же основной идеи», но она сделала вывод о том, что «они, чтобы не сказать меньше, в значительной степени перекрывают друг друга», о чем говорит тот факт, что приведенные Международным Судом примеры относительно обязательств перед международным сообществом в целом «касаются обязательств, которые, по общепризнанному мнению, вытекают из императивных норм общего международного права»²⁸¹. Так или иначе, следует отметить, что, по мнению Комиссии, «обязательства, упоминаемые в статье 40, вытекают из основных норм поведения, запрещающих такое поведение, которое считается недопустимым в силу той угрозы, которую оно представляет для выживания государств и населяющих их народов и сохранения наиболее важных человеческих ценностей»²⁸².

138. Кроме того, следует подчеркнуть, что в своих комментариях Комиссия указала на существование целевого различия между концепциями *ius cogens* и обязательствами перед международным сообществом в целом, которое стоит повторить здесь:

Если цель императивных норм общего международного права — определить сферу охвата и приоритет некоторого числа основополагающих обязательств, то основная направленность обязательств перед международным сообществом в целом по существу представляет собой юридический интерес для всех государств в соблюдении, то есть [...] в обретении права призвать к ответственности любое государство, нарушившее свое обязательство²⁸³.

²⁷⁹ Там же, стр. 627, пункт 2 общего комментария к главе III.

²⁸⁰ Там же, пункт 3 общего комментария к главе III.

²⁸¹ Там же, стр. 639, пункт 7 общего комментария к главе III.

²⁸² Там же, стр. 642, пункт 3 комментария к статье 40.

²⁸³ Там же, стр. 639, пункт 7 общего комментария к главе III. Хотя Комиссия не определяет концепцию «международного сообщества в целом», само ее использование представляет большой интерес, поскольку она подчеркивает коллективный аспект ценностей и интересов, подлежащих защите. Помимо этого, Комиссия указывает, что эта концепция часто используется в договорах и других международных документах (там же, стр. 402, пункт 18 комментария к статье 25), и Комиссия приводит значительный список договоров, в которых используется это выражение: «Конвенция о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов, третий пункт преамбулы; Международная конвенция о борьбе с захватом заложников, четвертый пункт преамбулы; Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства, пятый пункт

139. Рассмотрение особого характера вытекающих из императивных норм обязательств перед международным сообществом в целом приводит Комиссию к заключению о существовании отличного режима правовых действий в ответ на серьезные нарушения обязательств, вытекающих из императивных норм общего международного права, который она резюмирует следующим образом: а) «[указанные] нарушения [...] могут влечь за собой дополнительные последствия, причем не только для ответственного государства, но и для всех других государств» (статья 41); и b) «все государства имеют право призвать к ответственности за нарушения обязательств перед международным сообществом в целом» (статья 48)²⁸⁴. Этот третий элемент рассуждений Комиссии также представляет интерес для настоящего доклада, особенно потому, что он касается возможности установления иного правового режима для иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, когда на такой иммунитет ссылаются в связи с действиями, которые можно квалифицировать как серьезные нарушения обязательств перед международным сообществом в целом, вытекающих из императивных норм международного права.

140. Наконец, следует отметить, что в связи с этими проектами статей Комиссия квалифицировала в качестве «императивных норм, недвусмысленно принятых и признанных», ряд запрещенных видов поведения, в связи с которыми ссылаются на иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции²⁸⁵, а именно «запрещение агрессии, геноцида, рабства, расовой дискриминации, преступлений против человечности и пыток»²⁸⁶, к которым она добавила основные нормы международного гуманитарного права, применимые в вооруженных конфликтах²⁸⁷, и «принципы и нормы, касающиеся основных прав человеческой личности»²⁸⁸. Комиссия может принять во внимание этот перечень, который она сама составила в 2001 году, при определении преступлений, которые могут быть квалифицированы как международные преступления для целей определения исключений из иммунитета.

Глава III

Ограничения и исключения в общих правовых рамках иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции: методологические и концептуальные вопросы

141. После анализа практики и перед тем, как анализировать факторы, которые могли бы определять неприменимость иммунитета в том или ином конкретном случае, сейчас необходимо рассмотреть некоторые методологические и концептуальные элементы, позволяющие нам лучше определить тот контекст, в котором следует трактовать проект статьи, содержащийся в настоящем докладе

преамбулы; Конвенция о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала, третий пункт преамбулы; Международная конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом, десятый пункт преамбулы; Римский статут Международного уголовного суда, девятый пункт преамбулы; и Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма, девятый пункт преамбулы» (там же, стр. 100, сноска 404).

²⁸⁴ Там же, стр. 641, пункт 7 общего комментария к главе III.

²⁸⁵ См. документ A/CN.4/686, пункты 49–60.

²⁸⁶ *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая), стр. 415, пункт 5 комментария к статье 26.

²⁸⁷ Там же, пункт 5 комментария к статье 41.

²⁸⁸ Там же, стр. 727, пункт 9 комментария к статье 48.

де. С этой целью ниже анализируются следующие общие вопросы: а) правовой характер иммунитета и его связь с юрисдикцией и с уголовной ответственностью; б) рассмотрение иммунитета в национальных судах и в международных уголовных трибуналах и воздействие этого на ограничения и исключения из иммунитета; и с) концепция ограничений и исключений.

142. Эти элементы рассматриваются на основе представления международного права как нормативной системы, которая включает — в качестве одной из своих частей или одного из своих компонентов — институт иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции; это требует, чтобы иммунитет анализировался не в изоляции, а в связи с остальными нормами и институтами, из которых состоит эта система. С этой точки зрения, иммунитет должностных лиц государства представляется полезным и необходимым институтом для обеспечения уважения к определенным ценностям и правовым принципам международного правопорядка, в частности принципу суверенного равенства. Но в то же время иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, будучи компонентом этой системы, должен толковаться системным образом так, чтобы этот институт не приводил к негативным последствиям для других компонентов современного международного права, понимаемого как единое целое, или не делал их недействительными²⁸⁹. Такой системный подход требует, соответственно, учитывать другие институты, также связанные с принципом суверенитета (в особенности право на осуществление юрисдикции), равно как и другие секторы международного правопорядка, отражающие и воплощающие другие ценности и принципы международного сообщества в целом (в особенности международное право прав человека и международное уголовное право). Поскольку международное право является подлинно нормативной системой, нельзя (и нежелательно), чтобы разработка Комиссией проектов статей, предназначенных для оказания государствам содействия в кодификации и прогрессивном развитии международного права в отношении того или иного проблематичного, но крайне важного для международного сообщества вопроса приводила к внесению дисбалансов в значительные секторы международного правопорядка, чье развитие в последние десятилетия является сейчас одной из его определяющих характеристик.

А. Правовой характер иммунитета

143. Если проанализировать ход прений, проходивших вплоть до настоящего времени в Комиссии, можно заметить постоянное наличие трех элементов, связанных с самим характером иммунитета и сказывающихся на вопросе об ограничениях и исключениях, а именно: а) его статус в качестве автономного права или в качестве исключения из права государства суда на осуществление юрисдикции; б) квалификация иммунитета как исключительно процессуального института, не сказывающегося на индивидуальной уголовной ответственности должностных лиц государства; и с) автономия иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции по сравнению с другими формами суверенного имму-

²⁸⁹ Необходимость обеспечения баланса между различными ценностями и нормами этой системы была четко продемонстрирована в совместном особом мнении судей Хиггинс, Коойманса и Бюргентала по делу *Ордер на арест*, С.I.J. Recueil 2002, в особенности пункты 71–79.

нитета, в особенности иммунитета государства. Хотя некоторые из этих вопросов уже рассматривались в предыдущих докладах Специального докладчика, сейчас необходимо вернуться к ним и вкратце проанализировать — для облегчения понимания и исключительно в связи с темой ограничений и исключений — взаимосвязь между тремя парами концепций, а именно: а) иммунитетом и юрисдикцией; б) иммунитетом и ответственностью; и с) иммунитетом государства и иммунитетом должностного лица государства.

1. Взаимосвязь между иммунитетом и юрисдикцией

144. Взаимосвязь между иммунитетом и юрисдикцией уже обсуждалась в прошлом в ходе работы Комиссии, и во втором докладе Специального докладчика было обращено внимание на взаимодействие между этими двумя элементами, в особенности на то, что иммунитет не существует в вакууме и что он действует только в рамках ранее существовавшей юрисдикции²⁹⁰. В этом находит свое отражение то, что уже было заявлено Международным Судом в деле *Ордер на арест*.

145. Существование юрисдикции является, таким образом, отправной точкой, на которой покоится иммунитет; ни практика, ни доктрина не опровергли этот постулат. Так, достаточно напомнить, что, как правило, когда национальные суды должны были высказываться относительно притязания на иммунитет, они говорили не об отсутствии у них юрисдикции в абстрактном смысле, а о неспособности осуществлять ее по отношению к должностному лицу третьего государства, пользующемуся иммунитетом. Таким образом, бывали случаи, когда, как только отпадали обстоятельства, порождавшие иммунитет, национальные суды осуществляли юрисдикцию в отношении тех же действий и тех же лиц, и при этом не возникало никаких проблем касательно их компетенции.

146. Предварительное существование юрисдикции является логическим требованием, не умаляющим важности иммунитета как необходимого и полезного инструмента для защиты определенных ценностей и правовых принципов международного сообщества, в особенности принципа суверенного равенства государств и поддержания стабильных международных отношений. С другой стороны, это не может толковаться как означающее примат — абсолютный и при всех обстоятельствах — права осуществлять юрисдикцию по отношению к иммунитету. Напротив, смысл существования иммунитета заключается как раз в том, чтобы заморозить или заблокировать осуществление юрисдикции в определенных условиях, порой исключительно на временной основе. И поэтому на практике иммунитет может превалировать над юрисдикцией в том или ином конкретном случае.

147. Тем не менее статус юрисдикции как ранее существовавшего полномочия государства, как предварительного условия — *præius*, — которое непременно предшествует иммунитету, неизбежно влечет за собой определенные и весьма важные последствия в методологическом плане. Эти последствия можно резюмировать следующим образом:

а) иммунитет понимается *ab initio* как ограничение на осуществление юрисдикции, и поэтому он сам по себе является ограничением или исключением из юрисдикционной компетенции государства суда;

²⁹⁰ См. документ A/CN.4/661, пункты 35–42.

b) как любой предел или любое ограничение суверенной власти государства он должен пониматься в целевом смысле: иммунитет признается для того, чтобы гарантировать ценности, интересы и принципы международного сообщества, которые в данном случае выражаются в принципе суверенного равенства, в надлежащем осуществлении государственных функций без неправомерного вмешательства третьей стороны и в стабильности международных отношений;

c) поскольку иммунитет является ограничением ранее существовавшей суверенной власти, определение сферы его действия и его толкование должны осуществляться в пределах, устанавливаемых поставленными целями. В частности, на него можно ссылаться только в интересах государства, чье суверенное равенство он имеет целью гарантировать, и только в целях защиты законных прав и интересов государства, которые охраняются международным правом;

d) таким образом, взаимосвязь между осуществлением юрисдикции и иммунитетом должна толковаться в диалектических выражениях, в целях достижения надлежащего баланса между правами и интересами государства суда и правами и интересами государства должностного лица. Преобладание в каждом конкретном случае осуществления юрисдикции или иммунитета будет зависеть от прав и интересов, о которых идет речь, и от набора норм, ценностей и правовых принципов, на которых зиждутся указанные права и интересы.

2. Взаимосвязь между иммунитетом и ответственностью

148. Рассмотрение иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции традиционно базировалось на точке зрения о том, что он является по своему характеру процессуальным, а не материально-правовым инструментом, применение которого не должно означать исчезновения ответственности, в данном случае — уголовной ответственности, которая может возникать из противоправного поведения. Такая характеристика иммунитета тесно связана с тем, как на практике действует иммунитет, главная цель которого заключается именно в том, чтобы блокировать или воспрепятствовать в том или ином конкретном случае осуществлению уголовной юрисдикции судами государства суда, когда они стремятся принять меры против должностного лица третьего государства. В чисто теоретическом плане такую общую характеристику иммунитета нельзя отрицать, и ее нужно принять как исходную точку для любого анализа, цель которого — содействовать определению правового характера иммунитета.

149. Такое отношение к иммунитету как к чисто процессуальному барьеру нашло отражение в доктрине и в юриспруденции, в особенности на международном уровне, о чем свидетельствует проведенный выше анализ практики. С этой точки зрения, иммунитет и ответственность нельзя путать друг с другом, как и нельзя делать вывод о том, что иммунитет порождает безнаказанность. Наоборот, как было наглядно показано Международным Судом, вполне возможно, что, несмотря на иммунитет, индивидуальная уголовная ответственность может быть выведена другими путями, отличными от осуществления юрисдикции судами государства суда. Следовательно, юрисдикционный иммунитет имеет, как представляется, своим единственным следствием воспрепятствование установлению ответственности конкретным правовым путем, хотя при этом остается открытой возможность установления такой ответственности

посредством других процессуальных механизмов, в большей степени пригодных для достижения этой цели.

150. Тем не менее такую характеристику иммунитета как чисто процессуального барьера и коренное различие между иммунитетом и ответственностью трудно поддержать в абсолютном выражении, особенно в сфере уголовного права. Напротив, анализ практики и необходимое телеологическое толкование иммунитета позволяют сделать более нюансированные выводы. В этой связи представьте, например, тонкую линию, отделяющую на практике притязание на официальное положение в качестве материально-правовой защиты с целью избежать ответственности и в качестве процессуальной защиты с целью избежать осуществления юрисдикции. Так, достаточно напомнить, как Нюрнбергский трибунал использовал этот термин в его обоих значениях и как полисемантическое использование неотносимости официального положения получило отражение и в юриспруденции, и в немалом количестве международных документов, проанализированных в настоящем докладе.

151. Признание этой проблематики даже подтолкнуло Международный Суд к тому, чтобы предложить альтернативную модель установления ответственности, которая уважает иммунитет и избегает безнаказанности. Вместе с тем усилия Суда по преодолению путаницы между иммунитетом и безнаказанностью также не являются в полной мере убедительными, чтобы можно было прийти к заключению о радикальном разграничении между иммунитетом и безнаказанностью. В действительности, это различие не вызывает никаких проблем в тех случаях, когда имеются доступные и реальные средства судебной защиты для установления уголовной ответственности того или иного конкретного должностного лица государства, когда такую ответственность нельзя установить в конкретном суде вследствие ссылки на иммунитет. Наоборот, когда таких альтернативных средств судебной защиты нет или когда они являются неэффективными для достижения этой цели, разница между иммунитетом и освобождением от уголовной ответственности и даже между иммунитетом и безнаказанностью неизбежно становится менее заметной.

152. Следовательно, строго процессуальный характер иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, даже когда он берется в качестве исходной точки, представляет определенные ограничения на практике, которые надо должным образом учитывать при анализе вопроса об ограничениях и исключениях. Эта идея представляется особо актуальной в отношении иммунитета *ratione materiae*, тесно связанного с действиями, которые могут приводить к уголовной ответственности должностного лица, и продолжающего существовать даже после того, как должностное лицо государства отбывает свой срок полномочий или утрачивает свой статус должностного лица. В этом плане необходимо также учитывать постоянный характер этого типа иммунитета, способный, при определенных обстоятельствах, приводить к дополнительным последствиям в том, что касается разницы между иммунитетом и безнаказанностью.

3. Взаимосвязь между иммунитетом государства и иммунитетом должностных лиц государства

153. Последний из элементов, которые необходимо учитывать на данном этапе, касается различия между иммунитетом должностных лиц государства от

иностранной уголовной юрисдикции и иммунитетом самого государства в строгом смысле этого понятия. Этот вопрос был детально проанализирован в четвертом докладе Специального докладчика, особенно в том, что касается подхода на основе «одного акта и двух видов ответственности» и уголовного характера юрисдикции, в связи с которой можно говорить о юрисдикционном иммунитете должностных лиц государства²⁹¹.

154. Хотя оба элемента имеют отношение к вопросу об ограничениях и исключениях из иммунитета, на данном этапе нет необходимости возвращаться к рассмотрению этой темы. Для целей настоящего доклада достаточно повторить основные выводы, содержащиеся в докладе 2015 года:

а) присвоение того или иного действия государству является исходной точкой для квалификации действия как совершенного в официальном качестве. Однако одного такого присвоения не достаточно для вывода об иммунитете должностного лица государства в связи с совершением указанного действия;

б) одно и то же действие может порождать два различных вида ответственности: международную ответственность в отношении государства и уголовную ответственность в отношении индивидуума, и существование двух видов ответственности выражается в двух видах иммунитета (иммунитет государства и иммунитет его должностного лица);

с) хотя обе категории иммунитета имеют общую конечную цель — защиту интересов государства, нельзя сделать вывод о том, что они подчиняются одинаковым условиям и одному и тому же правовому режиму.

155. Следовательно, режим ограничений и исключений из иммунитета может также быть различным в случае иммунитета государства и в случае иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, и при этом нельзя миметически переносить первый из них во второй или наоборот²⁹².

В. Национальные и международные уголовные суды или трибуналы

156. Вторым общим по своему характеру элементом, который нужно учитывать при рассмотрении вопроса об ограничениях и исключениях из иммунитета, является существование международных уголовных трибуналов, которым поручено возбуждать судебное преследование в связи с преступлениями, имеющими наибольшее международное значение. Хотя указанные трибуналы остаются вне сферы охвата настоящей темы, связь между ними и национальными уголовными судами является столь же очевидной, и эта связь имеет практические последствия для ссылок на иммунитет. Таким образом, для целей

²⁹¹ Документ A/CN.4/686, пункты. 96–117.

²⁹² В этой связи см. статью IV резолюции Института международного права о юрисдикционном иммунитете государства и его агентов в случае международных преступлений, принятую в 2009 году на сессии в Неаполе: «В гражданском производстве, связанном с международным преступлением, совершенным агентом государства, вышеуказанные положения не наносят ущерба существованию или условиям применения иммунитета, которым это государство, в свою очередь, может пользоваться в судах другого государства» (Annuaire..., vol. 73, pág. 230).

определения ограничений и исключений, применимых к иммунитету от иностранной уголовной юрисдикции, полезно проанализировать то воздействие, которое международные уголовные трибуналы могут оказывать на институт иммунитета.

157. К этому вопросу можно подойти с двух различных точек зрения. Согласно первой из них, создание международных уголовных трибуналов и тот факт, что в них нельзя ссылаться на иммунитет, не оказывают никакого воздействия на режим, применимый к иммунитету должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции. Различный характер двух видов судов соответствует двум различным видам иммунитета, и, следовательно, хотя на юрисдикционный иммунитет нельзя ссылаться в международных трибуналах, этот институт остается в полной мере действительным и применимым как основание для защиты в национальных судах. Напротив, второй подход основывается на единстве целей и принципов, применимых к судебному преследованию за международные преступления, будь то в международном уголовном трибунале или же в национальном суде. Поскольку обе юрисдикции служат цели определения индивидуальной уголовной ответственности и недопущения безнаказанности в случае самых серьезных международных преступлений, правила, касающиеся иммунитета, должны применяться в соответствии с одними и теми же параметрами. Соответственно, само существование международных уголовных трибуналов и невозможность ссылаться на какой-либо иммунитет в них должны находить свое отражение в невозможности для любого лица (включая должностных лиц государства) ссылаться на иммунитет от уголовной юрисдикции в судах того или иного государства.

158. Каждый из этих двух подходов делает акцент на два различных элемента: процессуальный характер иммунитета, в первом случае, и материально-правовой характер индивидуальной уголовной ответственности за совершение международных преступлений, во втором. И в поддержку каждого из этих подходов часто приводятся дополнительные аргументы, в особенности различие между национальными и международными судами в том, что касается их взаимосвязи с принципом суверенитета, с одной стороны, и возможность или невозможность определения уголовной ответственности альтернативными путями, с другой. Все эти аргументы, как указывалось выше, уже получили признание, в том числе в решениях, принятых международными судебными органами, среди которых следует отметить Международный Суд, Европейский суд по правам человека и Специальный суд по Сьерра-Леоне.

159. Вместе с тем оба описанных выше подхода являются исключительно теоретическими и игнорируют некоторые довольно важные элементы, которые получают отражение в определении модели взаимосвязи между национальными и международными судами; главными проявлениями этих элементов являются: идентичный характер уголовных преступлений или запрещенных видов поведения, определение системы для распределения компетенции между конкурирующими юрисдикциями и создание механизмов сотрудничества и правовой помощи, действующих в двух направлениях между двумя категориями уголовных судов.

160. Значимость этой модели взаимосвязи не является теоретической, поскольку она имеет важные практические последствия в плане сотрудничества между судами, как это было недавно продемонстрировано в связи с попыткой

ареста президента аль-Башира в Южной Африке в порядке выполнения ордера, выданного Международным уголовным судом. Однако этот пример, хотя он и является самым ярким с точки зрения освещения в средствах массовой информации, не является единственным. Так, не следует также забывать о таком явлении, как гибридные или интернационализированные уголовные суды, о трудности с их причислением к категории национальных или международных судов и о тех последствиях, которые это имеет для института иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции²⁹³. Нельзя забывать и о том воздействии, которое осуществление иммунитета в национальных судах может иметь на систему разделения компетенции в случае коллизии юрисдикций, особенно в силу принципа комплиментарности, закрепленного в Римском статуте.

161. С учетом этих элементов взаимосвязь между национальными уголовными судами и международными уголовными трибуналами должна стать предметом более нюансированного и сбалансированного рассмотрения, учитывающего существующее различие между национальной юрисдикцией и международной юрисдикцией, но в то же время принимающей во внимание указанные выше связи между ними. Эту взаимосвязь необходимо учитывать и в настоящем докладе, хотя и не изменяя сферу охвата темы, одобренную Комиссией.

162. В этом отношении полезно проанализировать, прежде всего, режим иммунитета, применимый в международных уголовных трибуналах или судах, в особенности в Международном уголовном суде, Международном трибунале по бывшей Югославии, Международном уголовном трибунале по Руанде, Специальном суде по Сьерра-Леоне, Специальном трибунале по Ливану, чрезвычайных палатах в судах Камбоджи, судебных коллегиях в Косово, специальных коллегиях в Тиморе-Лешти, чрезвычайных африканских палатах в рамках сенегальской судебной системы и палате по военным преступлениям в Государственном суде Боснии-Герцеговины. Все эти трибуналы обладают специальной юрисдикцией для судебного преследования за международные преступления, и поэтому то, как в них применяется иммунитет, может пролить свет на возможные ограничения или исключения в случае преступлений согласно международному праву в рамках настоящей темы.

163. Как уже было указано выше, и Международный уголовный суд, и Международный трибунал по бывшей Югославии, и Специальный суд по Сьерра-Леоне высказывались о том, что иммунитет должностных лиц государства от уголовной юрисдикции неприменим в них²⁹⁴. Вместе с тем только Римский статут конкретно упоминает вопрос об иммунитете в своей статье 27²⁹⁵, и впоследствии эта модель использовалась специальными коллегиями в Тиморе-Лешти²⁹⁶. В свою очередь, уставы трибуналов *ad hoc* содержат только общее положение о неотносимости служебного положения и приказов начальства в качестве причины для освобождения от индивидуальной уголовной ответ-

²⁹³ В этой связи см. Sarah Williams, *Hybrid and Internationalised Criminal Tribunals. Selected Jurisdictional Issues*, Oxford, Hart Publishing, págs. 326 a 348.

²⁹⁴ См. главу II, раздел С, выше.

²⁹⁵ См. главу II, раздел А, выше.

²⁹⁶ См. раздел 15.2 постановления № 2000/15 Временной администрации Организации Объединенных Наций в Восточном Тиморе.

ственности или ее ограничения²⁹⁷; эта формулировка использовалась также Специальным судом по Сьерра-Леоне²⁹⁸, чрезвычайными палатами в судах Камбоджи²⁹⁹, палатой по военным преступлениям в Государственном суде Боснии и Герцеговины³⁰⁰ и чрезвычайными африканскими палатами в рамках сенегальской судебной системы³⁰¹. В свою очередь, нормы, регулирующие специальные судебные коллегии по военным преступлениям в Косово³⁰² и Специальный трибунал по Ливану³⁰³, не содержат никаких правил относительно официального положения, ограничиваясь лишь заявлениями о неприменимости приказов командиров или начальников. Это различие в применимых правилах может в определенной степени объясняться большей или меньшей вероятностью того, что должностные лица иностранного государства предстанут перед указанными судами, за исключением трибуналов *ad hoc*, в которых, по определению, такая возможность является вполне реальной, и, тем не менее, они не предусматривают иммунитет (что не мешает им говорить о его неприменимости). Так или иначе, следует отметить, что даже в случае Международного уголовного суда и коллегий в Тиморе-Лешти невозможность иммунитета устанавливается в тесной связи с положением о неотносимости официального положения.

164. С другой стороны, необходимо помнить о том, что толкование нормы о неприменимости иммунитета в международных уголовных трибуналах не является бесспорным. Так, хотя, с теоретической точки зрения, эта норма представляет собой отличительный элемент этих юрисдикций, здесь следует напомнить о прениях вокруг толкования пункта 1 статьи 98 Римского статута и его связи со статьей 27³⁰⁴, которые приобрели особую значимость в связи с делом *аль-Башира* вследствие различных решений об отказе от сотрудничества, принятых рядом африканских стран, и решений Международного уголовного суда относительно отказа от сотрудничества, которые были проанализированы выше в рамках исследования международной судебной практики³⁰⁵. Так или

²⁹⁷ См. Устав Международного трибунала по бывшей Югославии, статья 7, пункты 2 и 4; и Устав Уголовного трибунала по Руанде, статья 6, пункты 2 и 4.

²⁹⁸ Статья 6, пункты 2 и 4, Устава.

²⁹⁹ Статья 29.

³⁰⁰ Уголовный кодекс, статья 180.

³⁰¹ Соглашение между Африканским союзом и Сенегалом, статья 10.3 Устава, содержащегося в приложении.

³⁰² См. UNMIK/REG/2003/25, статья 10.

³⁰³ Статья 3.3.

³⁰⁴ В соответствии с пунктом 1 статьи 98 Римского статута: «Суд не может обращаться с просьбой о предоставлении в распоряжение или с просьбой о помощи, которая требовала бы от запрашиваемого государства действий, противоречащих его обязательствам по международному праву в отношении государственного или дипломатического иммунитета лица или имущества другого государства, до тех пор пока Суд не заручится сотрудничеством этого другого государства в вопросе отказа от иммунитета».

³⁰⁵ Что касается смысла спора между Африканским союзом и Международным уголовным судом, см. Maurice Kamto, «L’Affaire Al Bashir» et les relations de l’Afrique avec la Cour pénale internationale», en Maurice Kamga et Makane Moïse Mbengue (eds.), *L’Afrique et le droit international: variations sur l’organisation internationale*: Liber amicorum Raymon Ranjeva, Paris, Pedone, 2013, págs. 147 a 170; и Djacoba Liva Tehindrazanarivelo, «The African Union principle on the fight against impunity and the arrest warrants for Omar Hassan El-Bashir», в работе Marcelo Kohen y otros (eds.), *Perspectives of international law in the 21st century. Liber amicorum Professor Christian Dominicé in honour of his 80th birthday*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2012, págs. 397 a 442; Dire Tladi, «Immunity in the Era of “Criminalization”»:

иначе, следует отметить, что, строго говоря, пункт 1 статьи 98 содержит лишь ограничение в отношении обязательства сотрудничать с Судом в том, что касается передачи лица, пользующегося иммунитетом по международному праву — ограничение, которое, к тому же, касается только просьбы о передаче гражданина государства, не являющегося участником Статута³⁰⁶. Если смотреть с этой точки зрения, то ограничение, привносимое пунктом 1 статьи 98, затрагивает, строго говоря, не неприменимость иммунитета в рамках юрисдикции Суда, а скорее возможность ссылки на такой иммунитет в связи с мерами, которые должны приниматься национальными судами для выполнения обязательства относительно сотрудничества с Судом. С другой стороны, как показывает практика, полемика возникала исключительно в отношении глав государств (президенты аль-Башир и Кениата), что сводит этот вопрос к теме иммунитета *ratione personae*. В конечном счете, эта проблема возникла перед судами Южной Африки в связи с арестом президента аль-Башира³⁰⁷, продемонстрировав тесную взаимосвязь между осуществлением иммунитета в национальных судах и в международных судах и необходимостью системного толкования обеих реальностей³⁰⁸.

165. Эта ситуация еще больше усугубилась принятием Африканским союзом в 2015 году Протокола Малабо, на основании которого в Африканском суде по правам человека была создана Секция по международному уголовному праву. Протокол имел целью урегулировать — на региональном уровне — проблемы, возникающие в связи со спорным толкованием пункта 1 статьи 98 Римского статута в отношении двух действующих глав африканских государств посредством включения в Устав Африканского суда статьи со следующей формулировкой:

В Африканском суде не будут предъявляться или сохраняться никакие обвинения в отношении любого действующего главы государства или главы правительства либо любого иного лица, действующего или имеющего право действовать в указанном качестве, или в отношении любого иного

the Africa Union, the ICC, and International Law», *Japanese Yearbook of International Law*, vol. 58 (2015), págs. 17 a 44; Joana Abrisketa Uriarte, «Al Bashir: ¿excepción a la inmunidad del Jefe de Estado de Sudán y cooperación con la Corte Penal Internacional?», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68, núm. 1 (2016), págs. 19 a 47.

³⁰⁶ См. Concepción Escobar Hernández, «La progresiva institucionalización de la jurisdicción penal internacional», en Mercedes García Arán y otros (eds.), *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Valencia, Tirant lo blanch, 2000, págs. 213 a 257; Dapo Akande, «International law immunities and the International Criminal Court», *American Journal of International Law (AJIL)*, vol. 98, núm. 3 (julio de 2004), págs. 407 a 433; Otto Triffterer, «Irrelevance of official capacity. Article 27 Rome Statute undermined by obligations under international law or by agreement (Article 98)?», en Isabelle Buffard y otros (eds.), *International law between universalism and fragmentation: Festschrift in honour of Gerhard Hafner*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 571 a 602; C. Kres, «The International Criminal Court and Immunities under International Law for States Not Party to the Court's Statute», en Morten Bergsmo y Yan Ling (eds.): *State Sovereignty and International Criminal Law*, Beijing, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012, págs. 223 a 265.

³⁰⁷ См. главу II, раздел D, выше.

³⁰⁸ См. Dire Tladi, «The Duty on South Africa to Arrest and Surrender Al-Bashir under South African and International Law: Attempting to Make a Collage from an Incoherent Framework?», Universidad de Pretoria, 2015 (в скором времени выйдет в *Journal of International Criminal Justice*). Специальный докладчик смогла ознакомиться с этим текстом благодаря любезности автора.

высокопоставленного должностного лица государства, исходя из их функций, в период их пребывания в должности³⁰⁹.

166. Таким путем создается модель региональной уголовной юрисдикции, которая порывает, пусть даже частично, с нормой относительно неприменимости иммунитета должностных лиц государств от осуществления юрисдикции международными уголовными трибуналами. Хотя для целей настоящего доклада нет необходимости анализировать указанное положение³¹⁰, сам факт его принятия показывает, как осуществление международной уголовной юрисдикции может на практике сталкиваться с проблемами, связанными с юрисдикционным иммунитетом должностных лиц государств. Так, изменение Статута Африканского суда может стать поворотным пунктом в концепции международной уголовной юрисдикции в качестве альтернативы осуществлению национальной уголовной юрисдикции в отношении международных преступлений.

167. В любом случае, это была не единственная попытка найти африканское решение вопросу о судебном преследовании глав государств или бывших глав государств за военные преступления или преступления против человечности. Напротив, создание чрезвычайных африканских палат в рамках сенегальской судебной системы служит еще одним примером, в большей мере напоминающим трибуналы *ad hoc* и интернационализированные трибуналы. Указанная схема, позволившая суду в рамках сенегальской судебной системы судить бывшего главу государства за совершение, в частности, преступлений против человечности и военных преступлений, подтвердила неприменимость иммунитета в делах, связанных с совершением указанных преступлений, о чем свидетельствует тот факт, что в приговоре, вынесенном Хиссену Хабре, на основании которого он признан виновным в указанных преступлениях и приговорен к пожизненному заключению, нет никаких ссылок на иммунитет³¹¹.

168. В этой связи особую значимость приобретает заявление, содержащееся в преамбуле к Римскому статуту и напоминающее о том, что «обязанностью каждого государства является осуществление его уголовной юрисдикции над лицами, несущими ответственность за совершение международных преступлений»³¹². Это заявление создает основу, на которой зиждется принцип комплиментарности, зафиксированный в Римском статуте в качестве инструмента для определения распределения компетенций между Международным уголовным судом и национальными судами. Согласно этому принципу, роль национальных

³⁰⁹ Протокол Малабо, статья 46A *bis*. Статья 46B объявляет принцип неотносимости официального положения, за исключением специального режима, установленного в статье 46A *bis*. Протокол еще не вступил в силу.

³¹⁰ Что касается комментария в отношении этого положения, см. Manisuli Ssenyonjo y Saidad Nakitto, «The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights 'International Criminal Law Section': Promoting Impunity for African Union Heads of State and Senior State Officials?», *International Criminal Law Review*, vol. 16 (2016), págs. 71 a 102; и Dire Tladi, «The Immunity Provision in the AU Amendment Protocol. Separating the (Doctrinal) Wheat from the (Normative) Chaff», *Journal of International Criminal Law*, vol. 13 (2015), págs. 3 a 17.

³¹¹ Постановление в отношении Хиссена Хабре было вынесено 30 мая 2016 года. См. «Prononcé-résumé du jugement HH 20160528 (62076)», имеется на веб-сайте чрезвычайных африканских палат: www.chambresafricaines.org.

³¹² Преамбула, шестой пункт.

судов нельзя ни недооценивать, ни оттеснять на второй план³¹³. Напротив, укрепление потенциала национальных судов по возбуждению судебного преследования за международные преступления представляет собой в настоящее время необходимый элемент новой модели международного уголовного правосудия, который даже привел к появлению концепции «позитивной комплементарности»³¹⁴.

169. В этой связи признание ведущей роли национальных судов в борьбе с международными преступлениями и необходимость обеспечения эффективности их судопроизводства являются двумя элементами, которые Комиссия не может игнорировать. Поэтому Комиссия, возможно, сочтет полезным принять этот элемент во внимание в ходе своих обсуждений по теме ограничений и исключений из иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции³¹⁵.

С. Концепция ограничений и исключений из иммунитета

170. По всему настоящему, пятому докладу выражение «ограничения и исключения из иммунитета» используется как единое целое со ссылкой на случаи, когда иммунитет должностного лица государства не действует в судах другого государства. Однако, как было указано в четвертом докладе, каждое из этих понятий — «ограничения» и «исключения» — является самостоятельным в концептуальном отношении. Так, под «ограничением» понимается любой элемент, определяющий границы этого института, и поэтому он обязательно должен находиться в этих границах, будучи связанным с составными элементами данного института. И напротив, концепция «исключения» находится за пределами этого института, который продолжает сохранять свои собственные границы, но который в определенных обстоятельствах может не применяться в силу совпадения чуждых ему элементов.

171. Если применять это различие между ограничением и исключением к иммунитету должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, то ограничения непременно связаны с нормативными элементами, определяющими каждую из категорий иммунитета, в то время как исключения определяются внешними элементами, которые могут вытекать из других компонентов международного правопорядка и в отношении которых нормативные

³¹³ Что касается значения принципа комплементарности, см. в частности, Carmen Quesada Alcalá, *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Valencia, Tirant lo blanch, 2005; Concepción Escobar Hernández, “El principio de complementariedad”, в работе Juan Yáñez Barnuevo (ed.), *La Justicia Penal Internacional: una perspectiva iberoamericana. Encuentro Iberoamericano sobre Justicia Penal Internacional*, Madrid, Casa de América, 2001, págs. 78 a 100.

³¹⁴ Эта концепция, выдвинутая Ассамблеей государств — участников Международного уголовного суда, обсуждалась на Кампальской обзорной конференции и привела к различным последующим программам в рамках самой Ассамблеи.

³¹⁵ Кейтнер (Keitner) ссылается на этот вопрос в различных трудах, в которых она делает акцент на то, что она называет *horizontal enforcement* (горизонтальное принуждение): “*Germany v. Italy and the Limits of Horizontal Enforcement...*” Тот же самый подход можно найти в ее недавнем вкладе в симпозиум по вопросам иммунитета должностных лиц государства, организованный Американским обществом международного права: “Horizontal enforcement and the ILC’s proposed draft articles on the Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction”, *AJIL Unbound*, vol. 109 (2015), págs. 161 a 166.

элементы играют исключительно второстепенную роль. С этой точки зрения, лица, пользующиеся иммунитетом, концепция действий, совершенных в официальном качестве, и временной аспект иммунитета должны рассматриваться в качестве категорий, вокруг которых формируются ограничения из иммунитета. И наоборот, уважение ценностей и юридических принципов международного права, рассматриваемого в целом, и необходимость обеспечить, чтобы иммунитет не приводил к нежелательным последствиям для других секторов международного правопорядка (например, таких как международное уголовное право, международное гуманитарное право и международное право прав человека), станут исходной точкой для определения исключений из иммунитета.

172. Это теоретическое различие, однако, не так ясно видно на практике. Напротив, как было указано в главе II настоящего доклада, термины «ограничение» или «исключение» не используются систематически ни международными трибуналами, ни в комментариях и заявлениях государств, ни в судебной, законодательной или договорной практике. В действительности, в большинстве случаев государства и законодатели, занимающиеся явлением иммунитета, не всегда пользуются одними и теми же терминами и порой даже не утверждают, что существует ограничение или исключение из иммунитета — они довольствуются заявлениями о том, что иммунитет не применяется или что на него нельзя ссылаться в национальных судах. С другой стороны, даже когда законодатели ясно ссылались на различие между ограничением и иммунитетом, следует отметить, что использование ими этих двух категорий не является последовательным или убедительным в отношении одного и того же действия. Так, важным примером являются пытки или, в более общем плане, международные преступления: в то время как для одних законодателей они являются ограничением, для других они представляют собой исключение. Вместе с тем во всех случаях преследуется одна и та же конечная цель: заявить о невозможности ссылаться на иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции в связи с определенным видом поведения. Или, если хотите, в обоих случаях мы сталкиваемся с «неприменимостью» режима иммунитета, в силу чего юрисдикция государства суда остается нетронутой.

173. Этот вопрос, однако, не является ни новым, ни относящимся исключительно к этой теме. Так, достаточно напомнить прошлую практику, получившую отражение в определенных конвенциях, которые касаются иммунитета и которые были разработаны на основе проектов статей, принятых ранее Комиссией. Венская конвенция о дипломатических сношениях, Венская конвенция о консульских сношениях, Конвенция о специальных миссиях, Конвенция о представительстве государств в международных организациях универсального характера — упомянуты только те из них, которые ближе всего связаны с нашей темой, — не проводят никакого различия между ограничением и исключением, ограничиваясь лишь перечислением ситуаций, в которых некоторые из иммунитетов, регулируемых этими документами, не применяются. Еще более значимым примером является Конвенция Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государства и его собственности, в которой не проводится никакого различия между ограничениями и иммунитетами и, более того, в одном и том же разделе (часть III Конвенции) рассматриваются причины неприменимости, основанные как на действиях, совершенных государством, так и на последствиях указанных действий, на собственности, в отно-

шении которой должна осуществляться юрисдикция, или на существовании специальных, согласованных между сторонами механизмов урегулирования споров.

174. Вот почему для целей настоящей темы также не представляется необходимым устанавливать категорическое различие между ограничениями и исключениями. Кроме того, как было указано в четвертом докладе, выбор между концепциями ограничений или исключений в конкретных случаях может приводить к последствиям, выходящим далеко за рамки режима иммунитета, особенно в случае международных преступлений и тех последствий, которые их возможное определение в качестве ограничений или исключений может иметь для режима международной ответственности государства³¹⁶. Соответственно, по мнению Специального докладчика, более разумно (и ближе к практике) заняться рассмотрением этой темы с общей точки зрения неприменимости иммунитета при стечении определенных обстоятельств, среди которых особое место занимают преступления согласно международному праву. Именно на этом будет сосредоточено внимание в проекте статьи 7, который включен в настоящий доклад.

175. Так или иначе, следует отметить, что отказ от отдельного рассмотрения ограничений и исключений из иммунитета в настоящем докладе объясняется исключительно стремлением дать такое определение проекта статьи, которое могло бы охватывать обе категории. Тем не менее различие между ограничениями и исключениями представляет методологический интерес, особенно с точки зрения герменевтических критериев, которые должны использоваться для определения существования ограничения или исключения из иммунитета. Так, в случае ограничений критерии их установления должны быть тесно связаны с нормативными элементами иммунитета, в особенности действиями, которые могут охватываться иммунитетом, и должны толковаться в свете существующей взаимосвязи между иммунитетом и юрисдикцией. И наоборот, в случае исключений нормативные элементы иммунитета не являются единственной основой, на которой может строиться неприменимость иммунитета — она может зависеть и от других элементов за пределами этого института, которые, как уже указывалось раньше, вытекают из международного правопорядка в его совокупности. Если в первом случае неприменимость иммунитета должна строиться в соответствии с индуктивным методом, во втором случае она может строиться также и в соответствии с дедуктивным методом. Оба метода должны надлежащим образом учитываться в настоящем докладе.

176. Упомянутые выше методологические соображения должны учитываться при рассмотрении причин, которые могут служить основанием для ограничений и исключений, анализируемых в следующей главе.

³¹⁶ См. документ A/CN.4/686, пункты 122–126. Что касается мнений против, см. William S. Dodge, “Foreign Official Immunity in the International Law Commission: the Meaning of ‘Official Capacity’” (симпозиум по вопросам иммунитета должностных лиц государства, организованный Американским обществом международного права), *AJIL Unbound*, vol. 109 (2015), págs. 161 a 166.

Глава IV

Случаи, в которых иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции не применяется

177. В свете анализа, проведенного выше, настоящая глава имеет целью установить сферу действия ограничений или исключений из иммунитета с двух точек зрения, а именно: а) определение конкретных областей, в которых такие исключения могут действовать; и б) вопрос о том, можно ли ссылаться на такие исключения в общем плане в отношении как иммунитета *ratione personae*, так и иммунитета *ratione materiae* или же в отношении только последнего (раздел D). В связи с первым из этих аспектов поочередно рассматриваются следующие ситуации: международные преступления (раздел A), ущерб, причиненный на территории государства суда (раздел B), и коррупция (раздел C). Как результат этого исследования в разделе E настоящей главы содержится проект статьи 7, касающийся случаев, в которых иммунитет не применяется.

A. Международные преступления

178. Как уже указывалось в начале настоящего доклада, совершение международных преступлений находится в центре внимания в ходе прений по вопросу по вопросу об ограничениях и исключениях из иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции. Это объясняется, несомненно, двумя факторами, которые сейчас нужно напомнить: связь международных преступлений с концепцией норм *ius cogens*, с одной стороны, и неминуемое сравнение между иммунитетом и борьбой с безнаказанностью, с другой. Кроме того, значение, придаваемое международным преступлениям в ходе прений относительно исключений из иммунитета, также связано с процессом — и даже находится под влиянием процесса — институционализации международного уголовного права, который идет с конца XX века и который находит отражение, по сути дел, в создании международных уголовных судов и трибуналов.

179. Практика, проанализированная на предыдущих страницах, показывает, как национальные суды учитывают — в той или иной форме — международные преступления в контексте иммунитета. В этой связи, хотя практика и является разной, в ней можно различить четкую тенденцию к рассмотрению совершения международных преступлений в качестве одного из мотивов, оправдывающих неприменение иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, будь то потому, что такие преступления не рассматриваются в качестве официальных действий, либо потому, что они рассматриваются как исключение из иммунитета, оправдываемое тяжестью указанных действий и тем, как они воздействуют на ценности и правовые принципы, признанные международным сообществом в целом. С другой стороны, хотя национальные суды иногда признавали иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции, в том числе в случае совершения международных преступлений, нельзя забывать о том, что они всегда это делали в рамках иммунитета *ratione personae* и только в исключительных обстоятельствах — в отношении иммунитета *ratione materiae*. Так или иначе, необходимо подчеркнуть тот

факт, что иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции никогда не признавался международными уголовными трибуналами в рамках осуществления их собственной юрисдикции.

180. Следовательно, представляется возможным заключить *prima facie*, что современное международное право рассматривает существование первого ограничения или исключения из иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, которое действует в ситуациях, когда указанные должностные лица подозреваются в совершении международного преступления. Однако против этого утверждения высказывались возражения в литературе³¹⁷, а в практике также встречаются некоторые примеры того, что национальные суды признавали иммунитет иностранных должностных лиц даже тогда, когда они подозревались в совершении международных преступлений. На последующих страницах анализируется вопрос о международных преступлениях и их связи с иммунитетом должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции с двух отличных точек, в именно: а) существование международного обычая, определяющего контуры такого ограничения или исключения; и б) систематическая категоризация международных преступлений в качестве ограничения или исключения из иммунитета. Хотя оба подхода тесно связаны между собой, в настоящем докладе они рассматриваются отдельно друг от друга для большей ясности. Наконец, в этом подразделе будет затронут вопрос о том, какие именно международные преступления могут составлять ограничение или исключение из осуществления иммунитета.

1. Ограничение или исключение, основанное на совершении международных преступлений, в качестве нормы обычного права

181. Хотя анализ практики, проведенный в главе II выше, в особенности — но не исключительно — национальной законодательной и судебной практики, указывает на тенденцию рассматривать международные преступления как ограничение или исключение из осуществления иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции, не менее очевидно и то, что порой возникают сомнения насчет того, что такая практика является в достаточной мере последовательной и единообразной, чтобы стать материальным элементом международного обычая. Кроме того, в равной мере возникали сомнения насчет того, сопровождается ли эта практика убежденностью в отношении правового обязательства, которое может составлять *opinio iuris*. И, наконец, указывалось на существование единообразной международной юриспруденции, отрицающей существование такого исключения, и на то, что эта юриспруденция преобладает над существованием национальной юрисдикции с точки зрения установления обычая, определяющего совершение международных преступлений в качестве ограничения или исключения из иммунитета. В конечном итоге, под сомнение ставится существование нормы обычного права, определяющей меж-

³¹⁷ В этой связи см. Ingrid Wuerth, “*Pinochet’s legacy reassessed*”, AJIL, vol. 106 (2012), pp. 731-768; Roger O’keefe, “An ‘International Crime’ Exception to Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction: Not Currently, Not Likely”, на симпозиуме по вопросам иммунитета должностных лиц государства, организованном Американским обществом международного права, AJIL Unbound, vol. 109 (2015), págs. 167 a 172.

дународные преступления в качестве ограничения или исключения из иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции³¹⁸.

182. Определение того, существует ли или нет такой обычай, является непростым делом, и прения, развернувшиеся вокруг этого вопроса, нельзя игнорировать. Напротив, анализ этого вопроса в настоящем докладе является необходимым и полезным в той степени, в которой он может воздействовать на решение Комиссии относительно включения такого ограничения или исключения в разрабатываемые проекты статей — решение, которое, несомненно, является одним из самых деликатных и сложных аспектов нашей работы, но которое, вместе с тем, представляет большой интерес для государств и для международного сообщества в целом.

183. Чтобы провести этот анализ, полезно опираться на текущую работу Комиссии относительно установления обычного международного права, в особенности на текст проектов выводов, принятых в предварительном порядке Редакционным комитетом³¹⁹, которые Комиссия приняла к сведению в ходе первой части нынешней сессии. Из этих проектов выводов можно вывести следующие элементы, представляющие интерес для целей настоящего доклада:

а) для определения существования международного обычая необходимо удостовериться в наличии «всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы (*opinio juris*)»³²⁰;

б) соответствующая практика означает «в первую очередь именно практику государств»³²¹, которая «состоит из поведения государства, будь то при осуществлении его исполнительной, законодательной, судебной или любой другой»³²²;

с) указанная практика «может принимать самые различные формы» и может иметь «при определенных обстоятельствах ... форму бездействия»³²³. Для наших целей следует указать следующие формы: «дипломатические шаги ...; поведение в связи с резолюциями, принятыми международной организацией или на межправительственной конференции; поведение в связи с договорами; ... законодательные и административные акты; а также решения национальных судов»³²⁴;

д) следует учитывать всю имеющуюся практику государства, которую следует оценивать во всей совокупности³²⁵, с учетом того, что «заранее установленной иерархии различных форм практики не существует»³²⁶;

³¹⁸ O'keefe, "An 'International Crime'". Что касается голосов против, см. Pedretti, *Immunity of Heads of State*..., págs. 57 a 98, где он проводит интересное исследование относительно процесса выработки такого обычая, который позволяет ему сделать вывод о его существовании.

³¹⁹ См. A/CN.4/L.872.

³²⁰ Там же, проект вывода 2.

³²¹ Там же, проект вывода 4, пункт 1.

³²² Там же, проект вывода 5.

³²³ Там же, проект вывода 6, пункт 1.

³²⁴ Там же, проект вывода 6, пункт 2.

³²⁵ Там же, проект вывода 7, пункт 1.

³²⁶ Там же, проект вывода 6, пункт 3.

е) в любом случае практика «должна быть общей в том смысле, что она должна быть достаточно широко распространена и репрезентативна, а также последовательна»³²⁷;

ф) чтобы указанная практика составляла международный обычай, «такая практика должна быть принята с сознанием юридического права или юридической обязательности»³²⁸;

г) при оценке практики и *opinio juris* должно «уделяться внимание общему контексту, характеру нормы, а также конкретным обстоятельствам, в которых могут быть найдены ... доказательства», используемые с этой целью³²⁹; и

h) «решения международных судов и трибуналов, в частности Международного Суда ... являются вспомогательным средством установления... норм» обычного права³³⁰, но сами по себе они не являются практикой для целей формирования международного обычая³³¹.

184. С учетом этих руководящих указаний, данных самой Комиссией, Специальный докладчик считает, что можно сделать вывод о наличии достаточных элементов, указывающих на существование обычной нормы, признающей международные преступления в качестве ограничения или исключения из иммунитета по следующим причинам:

а) несмотря на многообразие позиций, занятых национальными судами в делах, проанализированных выше, можно сказать, что чаша весов склоняется в пользу существования исключения, в частности, но не исключительно, когда национальные суды действовали в рамках уголовной юрисдикции;

б) в делах, в которых национальные суды применяли в той или иной форме ограничение или исключение, основанное на совершении международных преступлений, они всегда при этом ссылались на несовместимость таких преступлений с действующими нормами или правовыми принципами современного международного права, что позволяет утверждать, что решения национальных судов основаны на их убежденности в том, что они действуют в соответствии с требованиями международного права, а не в порядке осуществления абсолютного усмотрения, что, с другой стороны, было бы трудно совместить с осуществлением судебной функции. Этот вывод приобретает еще большее значение в случае решений судебных органов, принимаемых в странах, в которых в момент принятия таких решений нет конкретных норм, касающихся осуществления иммунитета, или в которых, даже если такие нормы существуют, они не ссылаются явно на возможное исключение в отношении международных преступлений. То же самое следует сказать о ситуациях, в которых национальные суды осуществляли свою юрисдикцию без какой-либо ссылки на вопрос об иммунитете в отношении определенных должностных лиц государства, когда они должны были бы сделать это, если бы они считали

³²⁷ Там же, проект вывода 8, пункт 1.

³²⁸ Там же, проект вывода 9, пункт 1.

³²⁹ Там же, проект вывода 3, пункт 1.

³³⁰ Там же, проект вывода 13, пункт 1.

³³¹ См. в этой связи, как проекты выводов 6, пункт 2, 10, пункт 2, и 13, пункт 2, ссылаются на роль решений национальных судов, и то, насколько ограничено проект вывода 13, пункт 1, ссылается на решения международных трибуналов и судов (там же).

иммунитет применимым, либо потому, что в том же судебном решении они ссылались на иммунитет других должностных лиц государства (тем самым признавая такой иммунитет), либо потому, что в других судебных решениях суды государства ссылались на указанный иммунитет в связи с международными преступлениями, предположительно совершенными должностными лицами государства;

с) неприменимость иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции в случаях совершения международных преступлений находит отражение в настоящее время не только в судебной практике, но и в национальных законах, принятых в последние два десятилетия, которые постепенно стали все более отчетливо включать такие ограничения или исключения;

d) практика государств в областях, помимо судебной и законодательной областей, в особенности в рамках международных организаций, также демонстрирует позицию большинства в пользу категоризации международных преступлений в качестве ограничения или исключения из иммунитета, что находит свое выражение, в частности, в заявлениях, сделанных государствами в Шестом комитете в связи с этой темой, и в письменных материалах, представленных государствами в ответ на вопросы, сформулированные Комиссией международного права в рамках данной темы;

e) существование ограничения или исключения из иммунитета вследствие совершения международных преступлений также признано в трудах специалистов по международному праву, которые должны рассматриваться как «вспомогательное средство» для установления обычая. В этом плане нужно отметить особое место Институту международного права, который с самого начала нынешнего века ссылался на существование указанного исключения в различных своих резолюциях.

185. Нельзя обойти молчанием, однако, и то, что выводы, сделанные выше, вызывают определенную критику в академических трудах и со стороны некоторых государств, в том числе в отношении следующего: а) существование столь же значительной практики, направленной против применения ограничения или исключения из иммунитета на основе совершения международных преступлений; б) тот факт, что международная юриспруденция, в особенности решения Международного Суда и Европейского суда по правам человека, не признает существования ограничения или исключения, основанного на совершении международных преступлений; и с) утверждение о том, что практика государств, на которой предположительно строится обычная норма, не соответствует категории общей практики и, помимо этого, не является в достаточной степени последовательной или репрезентативной. Значение этих аргументов нельзя игнорировать или недооценивать, но Специальный докладчик считает, что они должны быть подвергнуты нюансированной оценке.

186. Что касается первого из указанных выше возражений, то следует отметить, что оно базируется на общей практике, в которой упоминается не только иммунитет должностных лиц государства, но и — причем очень заметно — иммунитет государства. Здесь возникает вопрос о том, можно ли эти аргументы считать относимыми в целях, которые сейчас нас интересуют, поскольку трудно предположить, что они уделяют внимание «общему контексту, характе-

ру нормы, а также конкретным обстоятельствам»³³², в которых использовались упомянутые выше средства оценки.

187. Во-вторых, нельзя забывать и о том, что решения Международного Суда и Европейского суда по правам человека, хотя оба этих судебных органа имеют большое значение в рамках международного правопорядка, могут рассматриваться лишь как «вспомогательное средство» для определения существования практик, сопровождаемой *opinio iuris*, которая является значимой для определения существования нормы обычного права, и ни в коем случае не могут заменить национальные суды в процессе формирования обычая. Роль национальных судов имеет, к тому же, особое значение для рассматриваемой нами темы, поскольку на иммунитет всегда ссылаются в национальных судах, а их решения являются неотъемлемым элементом для установления того, что то или иное конкретное государство считает международным правом. Помимо этого, как указывалось выше, решения Международного Суда и Европейского суда по правам человека, на которые обычно ссылаются как на авторитетный критерий, связаны непосредственно с иммунитетом государства, и, когда речь идет об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, они имеют ограниченную сферу действия (в особенности решения Международного Суда), поскольку они касаются исключительно иммунитета *ratione personae*.

188. Еще большее значение имеют аргументы, касающиеся необщей практики, которая обосновывает существование ограничения или исключения из иммунитета. В этой связи справедливо то, что количество решений национальных судов, внутринациональных норм и заявлений иного рода, сформулированных государствами, является ограниченным, а их содержание порой не отличается абсолютной последовательностью или единообразием. Однако, как сама Комиссия только что признала в своей работе, посвященной установлению обычного международного права, значение объема практики должно оцениваться в зависимости от того, к какой области она относится³³³. В рассматриваемом случае эта область является неизбежно ограниченной в силу самого характера действий, о которых идет речь (международные преступления) и которые, несмотря на их тяжесть, происходят исключительно в международном обществе. К этому нужно добавить ограниченное число национальных постановлений, разрешающих возбуждать судебное преследование за такие преступления, когда они совершаются за границей и иностранными гражданами, что также ограничивает объем практики. С другой стороны, что касается сосуществования решений, применяющих ту или иную форму ограничения или исключения, и решений, применяющих иммунитет, даже несмотря на наличие международных преступлений, то следует отметить, что это не является абсолютно чуждым процессу формирования международного обычая, в котором — вследствие его неформального и спонтанного характера — вполне допустимо сосуществование несхожих видов практики, по крайней мере в процессе формирования нормы, причем это не ставит под угрозу ее появление. Наконец, что касается нерепрезентативного характера практики, то следует отметить, что проявления практики можно установить в различных региональных областях и что, даже когда вопрос о взаимосвязи между иммунитетом и международными преступ-

³³² A/CN.4/L.872, проект вывода 3.1.

³³³ Что касается «общего» характера практики, см. второй доклад по теме «Выявление международного обычного права», документ A/CN.4/672, в особенности пункты 52–57.

лениями ставится под сомнение в той или иной региональной области, это не сказывается на применимости ограничения или исключения в отношении любого типа иммунитета, а затрагивает лишь юрисдикционный иммунитет *ratione personae*. Хорошим примером этого являются прения, проходившие в Африке в последние году и упоминавшиеся выше³³⁴. Так или иначе, даже в ситуации, в которой может ставиться под сомнение существование соответствующей общей практики, чтобы привести к возникновению международного обычая, не представляется ни в коем случае возможным отрицать существование явной тенденции, которая отражала бы формирующийся обычай.

189. Следовательно, по мнению Специального докладчика, совершение международных преступлений может рассматриваться в настоящее время как ограничение или исключение из иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, которое основывается на норме международного обычного права.

2. Системная категоризация международных преступлений в качестве исключения из иммунитета

190. Независимо от существования обычной нормы, определяющей международные преступления в качестве ограничений или исключений из иммунитета, системный анализ взаимосвязи между иммунитетом и международными преступлениями в рамках современного международного права позволяет найти различные доводы в пользу такого определения.

а) *Защита ценностей международного сообщества в целом: ius cogens и борьба с безнаказанностью*

191. Как было указано выше, национальная судебная практика дает нам примеры того, как международные преступления рассматриваются в качестве либо ограничения, либо исключения из иммунитета. В первом из таких случаев совершение международных преступлений не покрывается иммунитетом, поскольку действия, о которых идет речь, не могут характеризоваться как действия, совершенные в официальном качестве. Во втором случае совершение международных преступлений будет представлять собой исключение из иммунитета даже в том случае, если указанные преступления совершены как часть государственной политики или в связи с осуществлением государственной деятельности и поэтому могут рассматриваться как действия, совершенные в официальном качестве. В любом случае, оба эти подхода имеют общий итог: иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции не может применяться в случае международных преступлений.

192. Причины, приведенные в обоих случаях, имеют материально-предметный характер и связаны с квалификацией международных преступлений как действий, противоречащих основополагающим ценностям, нормам и юридическим принципам международного сообщества, и, в конечном итоге, они также связаны с утверждением о несовместимости таких преступлений с нормами *ius cogens*, не допускающими отступления. В обоих случаях категоризация международных преступлений как ограничения или исключения из иммунитета связана также с требованиями, вытекающими из определения иммунитета в

³³⁴ См. главу III, раздел В.

отношении самых тяжких международных преступлений в качестве явления, нежелательного для международного сообщества в целом, которое поэтому сотрудничает для обеспечения его ликвидации.

193. Бесспорно то, что международные преступления противоречат основополагающим ценностям, нормам и юридическим принципам международного сообщества, и это признается даже теми, кто считает, что иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции может применяться в случае международных преступлений. В любом случае, это утверждение составляет предпосылку, на которой строится борьба с безнаказанностью в качестве одной из ценностей и целей общества и международного права в наши дни. Однако, хотя это очевидно и не ставится под сомнение, возникал вопрос о правовом характере обоих утверждений и был сделан вывод о том, что оба элемента представляют собой простые ценности и тенденции, которые не находят воплощения в международно-правовых нормах. Такие сомнения не подкрепляются, однако, системным анализом этого явления в рамках современного международного права.

194. По сути дела, хотя концепции иммунитета и борьбы с безнаказанностью имеют бесспорное социологическое измерение, нельзя отрицать и то, что они обе превратились в правовые категории вследствие развития международного права после Второй мировой войны. Юридизация обеих концепций стала результатом консолидации двух больших секторов современного международно-го права, а именно международного права прав человека, с одной стороны, и международного уголовного права, с другой³³⁵.

195. Юридизация концепции «безнаказанности» стала следствием преобразования социальных ценностей в правовые нормы. Для целей, которые интересуют нас сегодня, указанная юридизация произошла, по сути дела, вследствие провозглашения в международном праве прав человека и международном гуманитарном праве совокупности обязательств, имеющих отношение, фактически, к правам, присущим достоинству человека, как во время войны, так и в мирное время, которые, если их не соблюдать, порождают правовые последствия как для государства, так и для индивидуумов. В первом случае это происходит посредством правил, касающихся международной ответственности, которую могут навлечь на себя государства за нарушение прав человека и норм международного гуманитарного права, а во втором — посредством определения международных преступлений, из которых может вытекать индивидуаль-

³³⁵ Поэтому нет ничего удивительного в том, что взаимосвязь между иммунитетом и международными преступлениями анализировалась в исследованиях, опубликованных в последние два десятилетия, с точки зрения его взаимосвязи как с международным уголовным правом, так и с международным правом прав человека. В этой связи см. Van Alebeek, *The immunity of States... On the human rights component of the debate*, see Stacy Humes-Schulz, "Limiting Sovereign Immunity in the Age of Human Rights", *Harvard Human Rights Journal*, vol. 21, No. 1 (Winter 2008), pp. 105-142; Jo Stigen "Which Immunity for Human Rights Atrocities?", in Chile Eboe-Osuji, ed., *Protecting Humanity. Essays in International Law and Policy in Honour of Navanethem Pillay* (Leiden, Martinus Nijhoff, 2010), pp. 749-788; Beth Stephens, "Abusing the Authority of the State: Denying Foreign Official Immunity for Egregious Human Rights Abuses", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 44 (November 2011), pp. 1163-1183. Также следует помнить о том, что доклад, разработанный г-жой Фокс для Института международного права и ставший основой для принятия неапольской резолюции (2009 год), назывался "The Fundamental Rights of the Person and the Immunity from Jurisdiction in International Law" («Основополагающие права человека и иммунитет от юрисдикции в международном праве»).

ная уголовная ответственность их исполнителей. Оба случая являются выражениями обобщенной категории ответственности, которая в сфере прав человека, международного гуманитарного права и международного уголовного права выражается словом «подотчетность» (*accountability* по-английски). Правовой концепции «подотчетности», как представляется, противопоставляется концепция «безнаказанности», трактуемая в негативном плане как понятие «неподотчетности», которое, как и первая категория, имеет правовой характер³³⁶. Кроме того, элементы, к которым применяется «подотчетность» и которые остаются беззащитными в результате «безнаказанности», также являются правовыми ценностями: признанные на международном уровне права человека, важнейшие нормы защиты жертв в ситуациях вооруженного конфликта и запрещение определенных средств и методов ведения войны. Сегодня никто не будет сомневаться в том, что указанные элементы являются нормами международного права.

196. Наряду с этим концепция «борьбы с безнаказанностью» также приобрела правовой характер, в особенности посредством создания механизмов международного сотрудничества, цель которых первоначально заключалась в установлении ответственности государства за нарушение упомянутых выше норм, а в последнее время — в установлении индивидуальной уголовной ответственности. Эти механизмы действуют, несомненно, на международном уровне по-

³³⁶ Что касается подотчетности и иммунитета, см. Daniel W. Van Ness, Daniel W. Van Ness, “Accountability”, in Jennifer J. Llewellyn and Daniel Philpott, eds., *Restorative Justice, Reconciliation, and Peacebuilding* (Oxford, Oxford University Press, 2014); Paul Craig, “Accountability”, in Damian Chalmers and Anthony Arnall, eds., *The Oxford Handbook of European Union Law* (Oxford, Oxford University Press, 2015) (который заявил, что подотчетность может иметь политические, юридические и финансовые аспекты); Ramesh Thakur y Peter Malcontent (eds.), *From sovereign impunity to international accountability: the search for justice in a world of states*, Tokyo, United Nations University Press, 2004; Andrea Bianchi, «Serious violations of human rights and foreign states’: accountability before municipal courts», en Lal Chand Vohrah y otros (eds.), *Man’s inhumanity to man: essays in international law in honour of Antonio Cassese*, La Haya, Kluwer, 2003, págs. 149 a 182. Соответствующая роль подотчетности в рамках верховенства права была отмечена Генеральной Ассамблеей. Так, в Декларации совещания на высоком уровне Генеральной Ассамблеи по вопросу о верховенстве права на национальном и международном уровнях государства-члены «[обязуются] обеспечить непримиримое отношение к безнаказанности за геноцид, военные преступления и преступления против человечности или за нарушения норм международного гуманитарного права и грубые нарушения норм в области прав человека, а также [обязуются] обеспечить надлежащее расследование таких нарушений и соответствующее наказание за них, в том числе путем привлечения к суду ответственных за любые совершенные преступления, используя для этого национальные механизмы или, когда это необходимо, региональные или международные механизмы в соответствии с нормами международного права, и с этой целью [рекомендуют] государствам укрепить национальные судебные системы и институты» (пункт 22), и одновременно с этим они «[подчеркивают] большое значение комплексного подхода к правосудию переходного периода, включающего полный набор судебных и несудебных мер, в целях обеспечения подотчетности, отправления правосудия, защиты жертв, содействия залечиванию ран и примирению, создания независимых органов надзора за системой безопасности и восстановления доверия к институтам государства, а также в целях содействия верховенству права. В этой связи [они подчеркивают], что процессы установления истины, в том числе расследования прошлых нарушений международных норм в области прав человека и норм международного гуманитарного права, а также причин и последствий таких нарушений, являются важными инструментами, которые могут дополнять судебные процессы» (пункт 21) (резолюция 67/1 Генеральной Ассамблеи от 24 сентября 2012 года).

средством создания различных по своему характеру органов, включая судебные органы, для обеспечения международной защиты прав человека, а также посредством учреждения международных уголовных трибуналов.

197. Однако международное сотрудничество не ограничивается созданием международных органов и процедур. Напротив, следует помнить о том, что практически все международные договоры, которые создают системы защиты прав человека, налагают на государства обязательство установить в их внутреннем праве надлежащие средства судебной защиты с этой целью³³⁷. Это становится еще более очевидным в случае сотрудничества в целях наказания за международные преступления, а согласно классической модели, предшествовавшей созданию международных уголовных трибуналов, вынесение наказания за международные преступления оставалось исключительно на усмотрение государства (и его судов) через посредство национального законодательства и национальных институтов. Эта модель в значительной степени сохраняется и сегодня посредством включения в международные договоры, касающиеся международных преступлений, обязательства государств предусмотреть во внутреннем правовом режиме юрисдикцию, позволяющую национальным судам наказывать за такие преступления³³⁸.

198. Следовательно, и концепция безнаказанности, и концепция борьбы с безнаказанностью имеют несомненное правовое содержание в рамках как международного права, так и во внутреннего права государств. Многозначный характер обоих выражений и тот факт, что они имеют явное социологическое значение, не лишают их правового характера и не ограничивают их простыми неюридическими или метаюридическими категориями.

199. Правовой характер указанных категорий получает также отражение в связи между ними и нормами *ius cogens*. Так, достаточно сказать, что общепризнано то, что многие из этих норм, признающие права человека или запрещающие определенные виды поведения, однозначно являются императивными нормами права. Для целей, которые нас интересуют сейчас, это относится в особенности к преступлению геноцида, преступлениям против человечности, самым тяжким военным преступлениям и пыткам, которые обычно упомина-

³³⁷ На всемирном уровне см. Международный пакт о гражданских и политических правах: статьи 2, пункт 3а, и 14 (см. также замечание общего порядка № 32, принятое в 2007 году [Доклад Комитета по правам человека, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят вторая сессия, Дополнение № 40 (A/62/40)*, том I, приложение VI]; Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин, статья 2, пункт (с). На региональном уровне: Европейская конвенция по правам человека, статьи 6 и 13; Хартия Европейского союза по правам человека, статья 47; Американская конвенция по правам человека, статьи 8 и 25; Африканская хартия прав человека и народов, статья 7. Со своей стороны, Совет по правам человека подтверждает необходимость «обеспечить подотчетность и отправление правосудия, предоставить потерпевшим средства правовой защиты»: резолюция 27/3, принятая Советом по правам человека и касающаяся Специального докладчика по вопросу о содействии установлению истины, правосудию, возмещению ущерба и гарантиям недопущения нарушений (A/HRC/RES/27/3), 3 октября 2014 года.

³³⁸ См. Конвенцию о предупреждении преступления геноцида и наказании за него, статья V; Конвенцию против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, статьи 5 и 6; Международную конвенцию для защиты всех лиц от насильственных исчезновений, статья 6; Международную конвенцию о пресечении преступления апартеида и наказания за него, статья IV.

ются как нарушения императивных норм права. Здесь следует также напомнить о том, что и сама Комиссия их так охарактеризовала в своей предшествующей работе над правом международных договоров, проектом кодекса преступлений против мира и безопасности человечества и проектами статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния. Если международные преступления являются нарушениями императивных норм международного права, то нет ничего удивительного в том, что некоторые национальные суды считали, что этого обстоятельства достаточно для вынесения заключения о том, что иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции не может применяться в случаях совершения международных преступлений. Этим же объясняется и включение в статью 27 Римского статута упоминания о недопустимости ссылки в Международном уголовном суде на должностное положение и на национальные и международные иммунитеты, поскольку они не могут использоваться в качестве механизма процессуальной защиты с целью помешать осуществлению Судом своей юрисдикции.

200. Такая концепция *ius cogens* в качестве основы для недопущения применимости иммунитета была принята многими национальными судами и значительным количеством государств, о чем свидетельствует анализ практики, проведенный в главе II выше. Вместе с тем не следует сбрасывать со счетов тот факт, что она была недвусмысленно отвергнута Международным Судом в деле *О юрисдикционных иммунитетах государства* на том основании, что нормы *ius cogens* и нормы, регулирующие иммунитет государств, имеют различный характер. К этому нужно добавить, что Европейский суд по правам человека использовал аналогичные аргументы, чтобы прийти к выводу о том, что иммунитет государства от гражданской юрисдикции не исключается в случае действий, связанных с применением пыток, которые, однако, четко признаны как относящиеся к категории нарушений императивных норм международного права.

201. Что касается оценки постановления Международного Суда с точки зрения его воздействия на определение норм *ius cogens* — этим нет необходимости заниматься в данном контексте³³⁹, — следует отметить, что в том же постановлении Суд не касался толковательного воздействия этой категории норм — элемента, представляющего особый интерес, на который сам Суд обращал внимание в прошлом. По сути дела, как уже было подтверждено Комиссией, коллизия между первичными нормами — а именно этим мы сейчас занимаемся — не обязательно должна урегулироваться с точки зрения определения от-

³³⁹ В связи с этой проблематикой см., в частности, Onder Bakircioglu, “*Germany v Italy: The Triumph of Sovereign Immunity over Human Rights Law*”, *International Human Rights Law Review*, vol. 1 (2012), pp. 93-109; J. Craig Barker, “International Court of Justice: Jurisdictional Immunities of the State (*Germany v. Italy*) Judgment of 3 February 2012”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62 (July 2013), pp. 741-752; Andrea Bianchi, “Gazing at the crystal ball (again): state immunity and *jus cogens* beyond *Germany v. Italy*”, *Journal of International Dispute Settlement*, 2013, pp. 1-19; François Boudreault, “Identifying Conflicts of Norms: The ICJ Approach in the Case of the *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 25 (2012), pp. 1003-1012; Alexander Orakhelashvili, “Jurisdictional Immunities of the State, ICJ, Feb. 3 2012”, *American Journal of International Law*, vol. 106, pp. 609-616; Jure Vidmar, “Rethinking *Jus Cogens* After *Germany v. Italy*: Back to Article 53?”, *Netherlands International Law Review*, vol. 60, No. 1 (May 2013), pp. 1-25.

ответственности, поскольку нужно помнить о том, что любая норма *ius cogens* оказывает толковательное воздействие, позволяющее преодолевать возможные противоречия без необходимости рассматривать эту проблему с точки зрения норм, касающихся ответственности.

202. Это толковательное воздействие необходимо учитывать при рассмотрении вопроса о взаимосвязи между иммунитетом должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции и международными преступлениями. Так, в той степени, в какой международное преступление находит свое обоснование в нарушении нормы *ius cogens*, что, бесспорно, имеет место в случае пыток, это обстоятельство должны учитывать юристы в целях нахождения «сообразного толкования» между обеими нормами. Такое толкование должно будет осуществляться в каждом конкретном случае, хотя, в принципе, можно будет исключать иммунитет от уголовной юрисдикции либо на том основании, что указанные преступления не могут быть действиями, совершаемым в официальном качестве, либо потому, что от иммунитета нужно отказываться в определенных особенно серьезных обстоятельствах, связанных с попиранием основополагающих правовых ценностей международного сообщества.

203. Наряду с этим следует помнить и о том, что заключение, к которому приходит Международный Суд в отношении иммунитета государства, не может автоматически и во всех отношениях применяться к взаимосвязи между иммунитетом должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции и нормами *ius cogens*. В соответствии с тем, что было сказано Судом в 2012 году, причиной, объясняющей совместимость между этими двумя категориями, является то, что иммунитет имеет процессуальный характер, а нормы *ius cogens* — материально-правовой характер. Соответственно, простое установление барьера для осуществления юрисдикции не препятствует тому, чтобы ответственность государства была выведена другим путем, и поэтому не имеет своим результатом отступление от нормы *ius cogens*, тем самым сохраняя одну из существенно важных характеристик императивных норм, а именно недопустимость отступления от них под воздействием какой-либо нормы международного права, за исключением другой нормы *ius cogens*.

204. Памятуя о том, что Международный Суд ссылается на иммунитет от гражданской юрисдикции, ответственность, возлагаемая на государство, и, самое главное, правовые последствия этого (восстановление того или иного права, выплата компенсации, возмещение ущерба и т.д.) могут быть определены иным путем, будь то внутренним (обращение в суды государства, о гражданской ответственности которого идет речь) или международным (обращение в международные трибуналы, когда это возможно; осуществление дипломатической защиты; арбитраж; или переговоры, среди прочих). Поэтому заявление Суда о том, что мы имеем дело с исключительно процессуальным институтом, не может быть оспорено со строго правовой точки зрения.

205. Тем не менее, это заключение не может миметически применяться в случае иммунитета, о котором идет речь в настоящем докладе. По сути дела, иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции имеет две особые характеристики, которые нужно обязательно иметь в виду, а именно: а) он осуществляется в уголовных судах; и б) он имеет своим результатом блокирование осуществления юрисдикционного действия, цель которого заключается в установлении индивидуальной уголовной ответственности в от-

ношении определенного вида преступлений. Если начать со второй из этих характеристик, то нельзя отрицать того, что установление такой уголовной ответственности и последствий, которые неизбежно вытекают из нее (объявление невиновности или вины и, в соответствующих случаях, установление наказания), может быть реализовано исключительно посредством уголовного производства, которое нельзя заменить ни одним из альтернативных механизмов, указанных в предшествующем пункте, в особенности арбитражем, дипломатической защитой или межгосударственными переговорами. Следовательно, иммунитет будет полностью соответствовать концепции «процессуального барьера» только тогда, когда можно будет обратиться к механизму уголовной юрисдикции, отличному от судов государства суда, в целях установления возможной уголовной ответственности должностного лица государства; этим механизмом могут быть уголовные суды самого государства должностного лица, компетентный международный уголовный суд или иной национальный суд, который, посредством применения специальных правил, обладает компетенцией судить должностное лицо государства, причем без возможности ссылаться на иммунитет в этом суде. Вместе с тем нельзя полностью гарантировать судебное разбирательство в рамках любой из этих альтернативных юрисдикций, поскольку это будет зависеть от многочисленных обстоятельств, таких как существование специальных норм в государстве должностного лица, препятствующих его судебному преследованию, отсутствие компетенции у международного суда или существование договорных норм, безусловно позволяющих вмешательство третьего государства. Если ни одна из этих альтернативных юрисдикций не может обеспечить судебное преследование за международные преступления, то возникает явление, уже проанализированное в главе III, раздел А, выше: иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции теряет свой исключительно процессуальный характер и одновременно приобретает материально-правовой компонент, который смешивает концепции «процессуального барьера» и «материально-правового барьера». Постановление Международного Суда в деле *О юрисдикционных иммунитетах государства* не предусматривает такого случая, и поэтому нельзя сделать вывод о том, что заявление Суда относительно отсутствия коллизии между иммунитетом и нормами *ius cogens* может применяться в случае иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции в связи с совершением международных преступлений.

b) *Доступ к правосудию и право потерпевших на возмещение вреда*

206. С аргументами, содержащимися в предыдущих пунктах, тесно связано утверждение о том, что применение юрисдикционного иммунитета в связи с международными преступлениями представляет собой отрицание права потерпевших на доступ к правосудию и получение возмещения за преступления, от которых они пострадали.

207. Отрицание права на доступ к правосудию традиционно было одним из аргументов, используемых для ограничения сферы действия иммунитета в любой форме³⁴⁰. Оно, несомненно, обладает силой притяжения, поскольку является одним из основных прав, без которого нельзя представить себе право на эф-

³⁴⁰ См. комментарий в отношении постановления Конституционного суда Италии от 22 октября 2014 года (пункт 122 выше).

фективную судебную защиту и право на справедливое рассмотрение дела³⁴¹. Вместе с тем, как правильно указал Европейский суд по правам человека³⁴², право на доступ к правосудию может подпадать под ограничения, и, кроме того, в случае взаимосвязи между этим правом и иммунитетом оно требует целенаправленного подхода, учитывающего то, что по определению иммунитет выполняет функцию «блокирования» осуществления судебного процесса и что поэтому он неминуемо влечет за собой ограничение права на доступ к правосудию.

208. Помимо этого, в случае иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции право на доступ к правосудию имеет некоторые особые характеристики, которые необходимо должным образом принимать во внимание. Во-первых, уголовное производство не обязательно будет возбуждаться теми, кто стал жертвами преступления, и, кроме того, возбуждение иска против должностных лиц третьего государства за международные преступления может подпадать под определенные ограничения, установленные в национальном законодательстве, которое позволяет органам государства контролировать осуществление юрисдикции на основе, в принципе, защиты публичных интересов государства. Во-вторых, судопроизводство начинается не исключительно ради защиты индивидуальных интересов и прав потерпевших, но и на благо национального и международного правопорядка с целью гарантировать уважение норм, рассматриваемых в качестве крайне важных для международного сообщества в целом. И наконец, цель, преследуемая в случае возбуждения иска, заключается именно в определении индивидуальной уголовной ответственности за совершение международных преступлений, что может быть реализовано только по судебным каналам, будь то через суды в государстве суда, через суды в государстве должностного лица или через тот или иной международный уголовный суд. В этой связи не так просто определить, что именно понимается под правом на доступ к правосудию и при каких обстоятельствах указанное право не гарантируется в силу применения иммунитета от уголовной юрисдикции, даже тогда, когда мы сталкиваемся со случаями совершения международных преступлений.

209. По сути дела, право индивидуума на доступ к судам с целью подать жалобу или предъявить обвинение в отношении совершения международных преступлений будет ограничиваться применением иммунитета. Однако это право будет также ставиться под угрозу в случаях, когда уголовное производство возбуждается компетентными органами государства, но это производство начинается буксовать вследствие применения иммунитета. Чтобы это ограничение делало иммунитет несовместимым с правом на доступ к правосудию, необходимо, как было указано Европейским судом по правам человека, чтобы ограничение было равнозначно утрате самого права. Или, говоря иными словами, чтобы не существовало никакого иного способа добиться того, чтобы суд вынес решение о том, было ли или нет совершено международное преступление, и, в зависимости от обстоятельств, несет ли должностное лицо государства уголовную ответственность за такое преступление. Если такого средства судебной защиты нет, иммунитет будет не только иметь своим следствием отрицание права на доступ к правосудию, но и, кроме того, будет позволять увековечить

³⁴¹ См. Европейский суд по правам человека, постановление по делу *Golder c. Royaume-Uni* от 21 февраля 1975 года, *série A núm. 18*, пункты 28-36.

³⁴² См. главу II, раздел В.2.

ситуацию, которая восходит своими корнями к действию — международному преступлению, — которое противоречит императивным нормам международного права. С этой точки зрения и в этих конкретных обстоятельствах право на доступ к правосудию может служить достаточным правовым основанием для вынесения заключения о неприменимости иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции в случае совершения международных преступлений.

210. Что касается права потерпевших от международных преступлений на возмещение ущерба, то нельзя отрицать того, что речь в данном случае идет об одном из самых крупных достижений в современном международном уголовном праве: совершение международных преступлений не может иметь единственным следствием наказание виновных в совершении этих преступлений, но оно должно дополняться системой возмещения ущерба, причиненного потерпевшим. Этот аспект уголовного правосудия присутствует в национальном законодательстве большого числа стран, в котором предусмотрено право жертв преступления на возмещение ущерба. Это право реализуется либо в результате самого уголовного процесса, либо в результате гражданского производства, единственная цель которого состоит в получении права на возмещение ущерба, причиненного преступлением, независимо от того, было ли назначено уголовное наказание по этому делу или нет.

211. Право на возмещение ущерба присутствует и в международном праве. Так, можно встретить решения различных международных органов, признающих право потерпевших от нарушений прав человека и международных преступлений на возмещение ущерба³⁴³. Это право на возмещение ущерба было даже заявлено в Международном Суде в связи с делом *О юрисдикционных иммунитетах государства*, однако Суд не высказался по этому вопросу³⁴⁴. Так или иначе, право потерпевших от международных преступлений на возмещение ущерба было закреплено в статье 75 Римского статута, в которой оно при-

³⁴³ См. резолюцию 60/147 Генеральной Ассамблеи от 16 декабря 2005 года: Основные принципы и руководящие положения, касающиеся права на правовую защиту и возмещение ущерба для жертв грубых нарушений международных норм в области прав человека и серьезных нарушений международного гуманитарного права; резолюцию 27/3 Совета по правам человека от 3 октября 2014 года: Специальный докладчик по вопросу о содействии установлению истины, правосудию, возмещению ущерба и гарантиям недопущения нарушений (A/HRC/RES/27/3); и замечание общего порядка № 3 Комитета против пыток от 13 декабря 2012 года (Доклад Комитета против пыток, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 44* (A/68/44), стр. 310. Что касается рассмотрения в доктрине права на возмещение ущерба, см., в частности, Luis M. Cruz, “El derecho de reparación a las víctimas en el derecho internacional. Un estudio comparativo entre el derecho internacional de responsabilidad estatal y los principios básicos de reparación de víctimas de derechos humanos”, *Revista de Derecho Político*, núm. 77 (enero-abril de 2010), págs. 185 a 209.

³⁴⁴ См. главу II, раздел C.1, выше.

знается однозначно, и привело к важному институциональному³⁴⁵ и правоведческому³⁴⁶ изменению.

212. Вместе с тем характеристика права потерпевших на возмещение ущерба в качестве основы для существования исключения из иммунитета в случае совершения международных преступлений требует нюансированного анализа, который в значительной мере связан со способностью возбуждать в судах иски для получения такого возмещения. В этой связи необходимо учитывать то, что такой иск можно подавать в рамках уголовной или гражданской юрисдикции, причем в гражданских делах он не зависит от того, был ли ранее вынесен обвинительный приговор по уголовному делу. В каждом из этих случаев право потерпевшего на возмещение призвано оказывать разное воздействие на ограничение или исключение из иммунитета. Так, очевидно, что это нужно учитывать в качестве основы для ограничения или исключения, когда возмещения ущерба можно добиться только посредством уголовного судопроизводства, которое, таким образом, становится обязательным условием для получения права на возмещение. В этом случае то воздействие, которое иммунитет может оказывать на право потерпевших на возмещение, добавляется к ранее упомянутому аргументу относительно материально-правового измерения иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции.

213. Однако вывод не столь очевиден в случае, когда право на возмещение ущерба может быть получено лишь посредством производства в гражданских судах, поскольку в этом случае появляется возможность того, что начнут действовать альтернативные механизмы, которые упоминались выше. К этому нужно добавить то, что в этом случае вновь возникает риск путаницы между иммунитетом должностного лица государства и иммунитетом государства, которое, в зависимости от обстоятельств, может рассматриваться как несущее субсидиарную гражданскую ответственность.

214. Следовательно, независимо от ведущихся прений относительно существования права потерпевших на возмещение ущерба, не представляется возможным сделать вывод о том, что право на возмещение может само по себе быть самостоятельным правовым основанием для исключения из иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции. В любом случае, это не препятствует тому, чтобы право на возмещение ущерба рас-

³⁴⁵ С этой целью Ассамблея государств-участников создала Целевой фонд в интересах потерпевших, который играет важную роль в общей системе Суда. В этой связи см. резолюции ICC-ASP/1/3 и ICC-ASP/1/Res.6, от 9 декабря 2002 года (учреждение фонда в интересах потерпевших от преступлений, подпадающих под юрисдикцию Суда, и семей таких потерпевших) и резолюцию ICC-ASP/4/Res.3 (Положения Целевого фонда в интересах потерпевших).

³⁴⁶ Международный уголовный суд, Палата предварительного производства I, Решение о принципах и процедурах, касающихся предоставления возмещения, 7 августа 2012 года (ICC-01/04-01/06-2904). См. также постановление по апелляции против «Решения о принципах и процедурах, касающихся предоставления возмещения» от 7 августа 2012 года с измененным приказом в отношении возмещения ущерба от 5 марта 2015 года (ICC-01/04-01/06-3129). В постановлении Апелляционная палата пришла к заключению о том, что право потерпевших на возмещение ущерба вытекает из личной ответственности осужденного, и поручила Целевому фонду присуждать коллективное возмещение. См. Fernando Val Garijo, *Las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario en el derecho internacional penal*, Madrid, UNED, 2007 (tesis).

смаatrивалось как дополнительный юридический аргумент в пользу указанного исключения. В этой связи особенно релевантной является практика определенных государств, таких как Соединенные Штаты или Канада, которые признают в своем внутреннем законодательстве исключение из иммунитета от гражданской юрисдикции в случае определенных исков за вред и ущерб, причиненные совершением международных преступлений. В иной плоскости необходимо также учитывать работу Института международного права, который в своих резолюциях об универсальной гражданской юрисдикции в отношении возмещения ущерба в случае международных преступлений провозгласил как право потерпевших на возмещение ущерба, так и право на эффективный доступ к правосудию с целью предъявить требование о таком возмещении (статья первая, пункты 1 и 2).

с) *Обязательство преследовать в судебном порядке за международные преступления*

215. Серьезность международных преступлений получила отражение в принятии ряда договоров, которые налагают на государства-участники обязательство осуществлять юрисдикцию в отношении таких преступлений. Это договорное обязательство рассматривается некоторыми авторами в качестве правовой основы для вывода о том, что совершение международных преступлений представляет собой ограничение или исключение из иммунитета³⁴⁷, и при этом они в определенной степени принимают во внимание опыт в связи с делом *Пиночета*. Если исходить из такой постановки вопроса, то обязанность государств-участников установить свою собственную юрисдикцию в отношении определенных международных преступлений обязывает их осуществлять юрисдикцию в отношении любого лица, совершившего преступления, охватываемые этими договорами, без какой-либо возможности применения иммунитета. В определенном смысле государства-участники имплицитно отказались от осуществления иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции в отношении таких преступлений.

216. Речь идет об интересном толковании, имеющим целью сохранить обязанность национальных судов обеспечивать уголовное преследование за международные преступления без необходимости затрагивать существенно важные элементы юрисдикционного иммунитета, в частности рассмотрение иммунитета как самостоятельного права государства, и без необходимости высказываться относительно определения международных преступлений как действий, совершенных в официальном качестве. К тому же, оно имеет то преимущество, что оно базируется на договорном обязательстве, которое связывает как государство суда, так и государство должностного лица, в силу чего оно исключает необходимость обсуждения того, существует ли или нет норма обычного права, служащая основой для ограничения или исключения из иммунитета. Вместе с тем ее ценность в качестве основы для ограничения или исключения является ограниченной, поскольку она будет применяться только в случае международных преступлений, регулируемых договорами, и не принимает во внимание

³⁴⁷ См. Dapo Akande y Sangeeta Shah, "Immunities of State Officials, International Crimes and Foreign Domestic Courts", *European Journal of International Law*, vol. 21, núm. 4 (2011), págs. 815 a 852; Pierre d'Argent, "Immunity of State Officials and the Obligation to Prosecute", en Anne Peters y otros (eds.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2015, págs. 244 a 266.

существование других договоров, которые не содержат обязательства относительно установления юрисдикции. Однако прежде всего ее трудно согласовать с ранее описанной моделью взаимосвязи между юрисдикцией и иммунитетом, в которой второй элемент может действовать только по отношению к ранее существовавшей юрисдикции и в которой, соответственно, не представляется логичным настаивать на том, что иммунитет не применяется именно потому, что государство ранее установило свою юрисдикцию в отношении международных преступлений. Так или иначе, этот аргумент ценен тем, что он подчеркивает тот важный вклад, который договоры, регулирующие явление международных преступлений, внесли в определение ограничений и исключений из иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции, и делает акцент на то, что ограничения и исключения из иммунитета могут в определенных случаях иметь договорную основу.

217. Короче говоря, аргументы, проанализированные на предыдущих страницах, четко указывают на существование в современном международном праве достаточных оснований для вывода о том, что совершение международных преступлений может быть ограничением или исключением из иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции. По мнению Специального докладчика, это оправдывает включение такого ограничения или исключения в настоящие проекты статей, независимо от того, будет ли или нет сделан вывод о существовании международного обычая, устанавливающего такое ограничение или исключение.

3. Международные преступления, которые составляют ограничение или исключение из иммунитета

218. Чтобы определить ограничение или исключение из иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции, необходимо, наконец, очертить концепцию международных преступлений и установить то, какие преступные деяния могут быть включены в указанную категорию.

219. В качестве исходного пункта следует указать на то, что концепция международного преступления означает преступные деяния, которые имеют международное значение, поскольку они либо совершаются в международном контексте и имеют транснациональное или трансграничное измерение, либо затрагивают международные правовые ценности, независимо от того, где они происходят. В обоих случаях эти преступления подлежат международному регулированию. В первую категорию входят такие преступления, как пиратство, наркоторговля, торговля людьми, коррупция и другие виды международной организованной преступности. Во вторую входят преступления геноцида, преступления против человечности, военные преступления, преступление агрессии, пытки, насильственное исчезновение или апартеид. Хотя в широком смысле обе категории являются посягательствами на ценности и интересы государств и международного сообщества, только преступления, входящие во вторую категорию, могут в строгом смысле слова рассматриваться как «международные преступления» или «преступления по международному праву», которые подрывают основополагающие правовые ценности международного сообщества в целом.

220. С другой стороны, если учитывать практику, проанализированную в главе II настоящего доклада, можно убедиться в том, насколько немногочис-

ленными являются преступления, включенные в национальное законодательство в качестве исключений из иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции. И то же самое можно сказать о решениях национальных судов, в которых иммунитет не применялся в случаях совершения установленных международных преступлений. Тот же самый вывод можно сделать из договорной практики и из предыдущей работы Комиссии над другими темами.

221. По сути дела, анализируя указанную практику, можно сделать вывод о том, что международными преступлениями, создающими основу для ограничения или исключения из применения иммунитета, являются те преступления, в отношении которых в международном сообществе существует широкий консенсус, позволяющий рассматривать их как преступления, которые могут подлежать международному преследованию со стороны международных уголовных судов и трибуналов, в особенности со стороны Международного уголовного суда. Соответственно, указанные преступления должны квалифицироваться так же, как и преступление геноцида, преступления против человечности и военные преступления.

222. И наоборот, для целей настоящего доклада трудно включить в указанную категорию преступление агрессии, хотя оно также является преступлением, относящимся к компетенции Международного уголовного суда. Это объясняется различными причинами, среди которых следует отметить тот факт, что компетенция Суда в отношении этого преступления носит факультативный характер и не является автоматической, как в случае других преступлений; то, что сама Комиссия в проекте кодекса преступлений против мира и безопасности 1996 года указывала, что это преступление должно поручаться в первую очередь международным трибуналам и судам с учетом тех политических последствий, которые оно может иметь в рамках стабильных отношений между государствами; и, наконец, то, что это преступление рассматривается лишь в очень небольшом числе национальных уголовных законодательных актов. С другой стороны, в государственной практике нельзя найти ни одного случая квалификации преступления агрессии в качестве ограничения или исключения из осуществления иммунитета ни на законодательном, ни на судебном уровне.

223. Что касается международных преступлений, входящих в первую категорию, то ничто не препятствует установлению — посредством договора — исключения из иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции. Однако их включение в эту категорию, которое приводит к определению ограничения или исключения на основе обычая, никак не подкрепляется на практике.

224. Наконец, следует помнить о том, что национальная юриспруденция, приводя к возникновению ограничения или исключения, анализируемого в настоящем разделе, вытекает из очень большого количества случаев пыток. Хотя, в принципе, это преступление можно рассматривать как относящееся к категории преступлений против человечности, это не всегда можно сделать, особенно когда пытки не являются частью политики или плана. Несмотря на это, национальные суды порой исключали юрисдикционный иммунитет в случаях пыток, в которых указанный критерий не всегда соблюдался. Таким образом, если учитывать тяжесть таких действий и то, что их запрещение неоднократно рассматривалось как норма *jus cogens*, представляется разумным включить пытки, упоминаемые однозначно, в число международных преступлений, совершение которых представляет собой ограничение или исключение из им-

мунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции. Аналогичная ситуация возникает и в случае насильственных исчезновений, хотя государственная практика в отношении них является более ограниченной. Так или иначе, тяжесть таких действий обусловила их квалификацию в качестве «преступления по международному праву» в различных договорах, когда они совершаются систематическим и тяжким образом. С учетом таких обстоятельств также представляется уместным включить их в число преступлений согласно международному праву, совершение которых является ограничением или исключением из юрисдикционного иммунитета, о котором идет речь в настоящем докладе.

В. «Территориальное исключение»

225. Так называемое «территориальное исключение» (по-английски *tort exception*) восходит своими корнями к режиму дипломатических иммунитетов, и впоследствии оно было распространено на сферу иммунитета государства, будучи включено во все национальные законы, регулирующие иммунитет, за исключением национального законодательства Пакистана, и в Конвенцию Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности. Можно считать, что содержание этого исключения описано в статье 12 указанной Конвенции (см. пункт 27 выше).

226. Как было указано Комиссией в ее комментариях к статье 12, это исключение оправдывается преимущественным характером юрисдикции государства, на территории которого происходят действия. Кроме того, оно является инструментом, гарантирующим доступ к тому или иному средству судебной защиты для лиц, которые понесли ущерб в результате действий, совершенных должностным лицом государства, и которые обычно не имели бы доступа к каким-то иным средствам защиты для получения возмещения³⁴⁸. Указанное исключение было также проанализировано в меморандуме, подготовленном Секретариатом в 2007 году³⁴⁹, и во втором докладе Специального докладчика г-на Колодкина, который пришел к заключению о том, что оно может быть исключением из иммунитета *ratione materiae* всегда, когда действия совершаются на территории государства суда иностранным должностным лицом, находящимся на указанной территории без явного согласия государства суда в целях осуществления своих официальных функций³⁵⁰.

227. Хотя указанное исключение было задумано для применения главным образом в рамках дипломатических сношений и впоследствии было распространено на действия представителей и должностных лиц международных организаций и на иммунитет государства, можно со всей определенностью найти в государственной практике примеры, когда территориальное исключение принималось во внимание судами государства суда для того, чтобы прийти к заключению о неприменимости иммунитета должностных лиц иностранного государства от юрисдикции. Речь идет о случаях, когда национальные суды применяли территориальное исключение в отношении действий, представля-

³⁴⁸ См. главу II, раздел А, выше.

³⁴⁹ См. *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть первая) (добавление 2), документ A/CN.4/596, пункты 162–165.

³⁵⁰ См. документ A/CN.4/631, пункты 81–86.

ющих собой элементы нанесения физического ущерба, политического убийства, шпионажа или саботажа, которые были совершены на территории соответствующего государства должностными лицами иностранного государства³⁵¹. В этих случаях суды исключали применимость иммунитета, хотя и признавали характер заинтересованного лица в качестве должностного лица государства и наличие связи между государством должностного лица и действием, о котором идет речь.

228. В некоторых делах суды приходили к выводу о том, что, несмотря ни на что, иммунитет остается применимым, и оправдывали это квалификацией действий, о которых шла речь, в качестве действий аста *jure imperii*, а иммунитета — в качестве иммунитета государства, а не его должностных лиц. Так было в случае решения, вынесенного ирландским судом по делу *МакЭлхинни*, и постановления Европейского суда по правам человека в отношении аналогичного набора фактов. В том же плане следует сослаться на дело *О юрисдикционных иммунитетах государства*, в котором Международный Суд отверг требования Италии относительно применения этого исключения на том основании, что действия, причинившие ущерб, которые были совершены нацистскими войсками во время вооруженного конфликта, должны быть квалифицированы как действия *jure imperii*.

229. В заключение, представляется, что государственная практика, хотя и ограниченная, последовательно признает применение этого ограничения или исключения из иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции. Специальный докладчик считает, что этот вывод вместе с тем значением, которое в данном случае придается принципу территориальности, оправдывает включение указанного территориального исключения в разрабатываемые проекты статей в качестве ограничения или исключения из иммунитета от юрисдикции.

³⁵¹ См. следующие дела: Федеральный конституционный суд Германии, постановление от 15 мая 1995 года (иммунитет не признается в отношении сотрудников разведки бывшей Германской Демократической Республики); *R. c. Mafart y Prieur (Rainbow Warrior, fase judicial)*, Новая Зеландия, Высший суд Окленда, постановление от 22 ноября 1985 года (нападение на судно организации «Гринпис», повлекшее за собой гибель голландского гражданина и потопление судна; Суд не затрагивал вопрос об иммунитете); дело *Abu Omar*, Италия (цитируется в P. Gaeta, “Extraordinary renditions e immunità della giurisdizione penale degli agenti di Stati terzi: il caso Abu Omar”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. LXXXVI (2006), págs. 126 a 130 (похищение и незаконная передача лица); *Letelier c. Chile*, Соединенные Штаты, 748 F.2d 790 (2-й округ, 1984), ILR, vol. 79, pág. 561; *Jiménez c. Aristeguieta*, 311 F.2d 547 (Соединенные Штаты, Апелляционный суд, 5-й округ, 1962 год); *In Re Doe I y otros c. Liu y otros, Xia Deren y otros*, Окружной суд Соединенных Штатов, Северный округ Калифорнии (C 02-0672 CW, C 02-0695 CW); *Khurts Bat c. Tribunal Federal de Германия*, Соединенное Королевство, [2011] EWHC 2029 (Admin) (похищение и незаконная передача лица в Германии) (это постановление приводит к интересному анализу исключения в пунктах 86–101). Суды Италии и Греции также признали это исключение в делах *Ferrini c. República Federal de Alemania*, Италия, Кассационный суд, постановление от 11 марта 2004 года, ILR, vol. 128, pág. 674, и *Prefectura de Voiotia c. República Federal de Alemania*, Греция, Кассационный суд, постановление от 4 мая 2000 года, ILR, vol. 129, pág. 513 (см. постановление Международного Суда по делу *О юрисдикционных иммунитетах государства*). На это исключение также ссылался Международный трибунал по бывшей Югославии, *Blaškić*, дело IT-95-14-AR108 bis, просьба о пересмотре решения Судебной палаты II от 18 июля 1997 года, постановление Апелляционной палаты от 29 октября 1997 года, пункт 41.

С. Коррупция как ограничение или исключение из иммунитета

230. Как уже указывалось в четвертом докладе Специального докладчика, иногда на иммунитет ссылались в национальных судах в связи с определенными действиями, которые, даже если все выглядит так, как будто они были совершены в официальном качестве, на самом деле были осуществлены исключительно в интересах должностного лица государства, в отношении которого должна быть осуществлена юрисдикция. Наряду с этим, на иммунитет также ссылались должностные лица государства в связи с уголовными процессами, связанными с деятельностью, которая не имеет ничего общего с функциями государства (хищение средств, отмывание денег и т.д.), но которая стала возможной только в силу статуса ее исполнителя как должностного лица и которая, к тому же, обычно причиняет экономический ущерб государству должностного лица. В таких случаях реакция национальных судов обычно сводилась к отрицанию иммунитета³⁵². Речь идет о широкой категории, в которую следует включить хищение, нецелевое использование и присвоение государственных средств, отмывание денег и другие проявления коррупции.

231. Во всех этих случаях следует в общем плане подтвердить, что в свете критериев, установленных в четвертом докладе, мы имеем дело не с действиями, которые можно рассматривать как совершенные в официальном качестве. Следовательно, в принципе, нет необходимости анализировать их сейчас с точки зрения ограничений и исключений. Тем не менее, практика показывает, что в ряде случаев нелегко четко определить те пределы, в которых действие может рассматриваться как официальное или как частное, в особенности потому, что это действие могло быть совершено только в силу официального статуса его исполнителя и с использованием структуры государства, причем в определенном количестве случаев посредством действий, кажущихся официальными. Несмотря на это, даже в таких случаях, когда пределы не ясны, национальные суды, как правило, приходили к заключению о неприменимости иммунитета, подкрепляя это в большинстве случаев наличием у исполнителей этих действий намерения воспользоваться своим официальным положением исключительно к своей собственной выгоде, причинив тем самым ущерб государству, должностными лицами которого они являются или были. Речь идет, таким образом, о ясном примере того, что было охарактеризовано выше как ограничение в отношении иммунитета, поскольку неприменимость иммунитета вытекает из несовместимости предполагаемого действия, которое порождает намерение осуществить юрисдикцию, с одним из нормативных элементов иммунитета.

³⁵² См., в частности, следующие дела: Швейцария, *Adamov* (см. сноску 231 выше); Чили, *Fujimori*, Верховный суд, судья первой инстанции, постановление от 11 июля 2007 года, дело № 5646-05, пункты 15–17 (решение принимается в процессе рассмотрения просьбы о выдаче в связи с серьезными нарушениями прав человека и коррупцией); Франция, *Teodoro Nguema Obiang Mangue*, Апелляционный суд Парижа, *Pôle 7*, вторая следственная палата, постановление от 13 июня 2013 года; Апелляционный суд Парижа, *Pôle 7*, вторая следственная палата, ходатайство об отмене решения, постановление от 16 апреля 2015 года. Суд сделал указанное заявление после повторного рассмотрения аргументов и утверждений в связи с постановлением от 13 июня 2013 года; Калифорния (С 02-0672 CW, С 02-0695 CW). И наоборот, швейцарский суд настаивал на иммунитете даже в случае нецелевого использования государственных средств: дела *Marcos et Marcos* с. *Office fédéral de la police* (см. сноску 239 выше).

232. Это обстоятельство проявляется особенно четко в случае действий, которые мы можем обозначить термином «коррупция», когда должностное лицо государства действует противозаконно, нарушая свой мандат, или *ultra vires*, т.е. за рамками своего мандата. Как указывалось в предыдущих докладах, незаконный характер действия, совершенного должностным лицом, не обязательно выводит его за сферу охвата иммунитетом, если есть возможность установить, что само действие, несмотря на его незаконность, было совершено в официальном качестве, то есть в порядке осуществления функций государства. С другой стороны, действия *ultra vires*, в принципе, не могут охватываться иммунитетом, поскольку по определению их нельзя рассматривать как совершенные в порядке осуществления функций государства, и, соответственно, они никогда не могли быть совершены в официальном качестве.

233. Тем не менее, только что сформулированные выводы, хотя теоретически они и являются бесспорными, вызывают немалое количество трудностей и, в любом случае, должны определяться в каждом конкретном случае компетентным национальным судом. Это привносит некоторую неопределенность в такую область, как коррупция среди публичных должностных лиц, которая вызывает большую обеспокоенность у государств, о чем свидетельствует заключение международных договоров, касающихся этого серьезного вопроса, как на глобальном, так и на региональном уровне. Хотя указанные договоры не ссылаются, как правило, на вопрос об иммунитете в целях воспрепятствования его применению в делах о коррупции, в которые замешаны иностранные публичные должностные лица, они установили набор принципов, главная цель которых заключается в том, чтобы гарантировать эффективное осуществление государственной юрисдикции для пресечения указанных деяний³⁵³.

234. Поэтому, учитывая судебную практику и тот факт, что пресечение коррупции на национальном и международном уровнях является одной из главных целей международного сотрудничества³⁵⁴, возможно было бы уместным вклю-

³⁵³ В этом отношении см. Конвенцию Организации Объединенных Наций против коррупции, статьи 42 и 44–46; Конвенцию об уголовной ответственности за коррупцию, статьи 17 и 25–27; и Конвенцию Африканского союза о предупреждении коррупции и борьбе с ней, статьи 13, 15, 18 и 19.

³⁵⁴ В качестве события, очень близкого к настоящему докладу, следует отметить, что Африканский союз включил коррупцию в число преступлений, входящих в сферу компетенции Секции по международному уголовному праву в Африканском суде по правам человека. В более общем плане международная обеспокоенность по поводу явления коррупции и необходимости борьбы с ней находит свое отражение в различных мероприятиях, осуществляемых Организацией экономического сотрудничества и развития и Управлением Организации Объединенных Наций по наркотикам и преступности. Сама Генеральная Ассамблея подтвердила необходимость абсолютной нетерпимости в отношении коррупции, в том числе в самой Организации Объединенных Наций, отметив, что «принцип абсолютной нетерпимости к мошенническим действиям и коррупции [...] является обязательным элементом для повышения степени подотчетности на всех уровнях» (резолюция 70/255 Генеральной Ассамблеи от 1 апреля 2016 года: Успехи на пути к системе подотчетности в Секретариате Организации Объединенных Наций, пункт 4). Эта обеспокоенность также получает отражение в литературе. См. Martine Voersma, *Corruption: a violation of human rights and a crime under international law?*, Cambridge, Intersentia, 2012; Sociedad Estadounidense de Derecho Internacional, *Proceedings of the Annual Meeting, April 3–6, 2013*, Panel “Anti-corruption Initiatives in a Multipolar World” (Nicola Bonucci, “The fight against foreign bribery and international law: an exception or a way forward?”, págs. 247 a 252, Susan Rose-Ackerman, “International Anti-Corruption

чить в проекты статей положение, четко определяющее коррупцию в качестве ограничения или исключения из иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции.

D. Ограничения и исключения из иммунитета *ratione personae* и *ratione materiae*

235. Установив обстоятельства, которые могут представлять собой ограничения или исключения из иммунитета, необходимо определить, применяются ли они в общем плане к любому типу иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции (*ratione personae* и *ratione materiae*) или же только к одному из них (*ratione materiae*). В конечном итоге, речь идет об определении того, затрагиваются ли главы государств, главы правительств и министры иностранных дел во время их пребывания в должности проанализированными выше ограничениями или исключениями из иммунитета.

236. Такое определение должно выноситься на основе трех соображений, а именно: а) то, как этот вопрос решается на практике; б) цель, преследуемая — и собственность, охраняемая — иммунитетом *ratione personae* и иммунитетом *ratione materiae*; и с) существующие различия между нормативными элементами каждой из этих двух категорий иммунитета, включая в особенности временной элемент. Со своей стороны, материально-правовое содержание каждого из проанализированных ограничений и исключений не предлагает соответствующей информации, которая позволила бы нам сделать вывод о его применимости или неприменимости в отношении каждой категории иммунитета. По сути дела, международные преступления, коррупция и ущерб, причиняемый людям и имуществу, являются одинаково тяжкими, независимо от того, кто их совершает.

237. Вместе с тем анализ практики показывает, что национальные суды при любых обстоятельствах признают иммунитет глав государств, глав правительств и министров иностранных дел, не принимая во внимание возможное существование одного из ограничений или исключений, рассмотренных выше. Это особенно проявляется в случае совершения международных преступлений, когда национальные суды в общем плане признают иммунитет этой «тройки». К тому же, такое признание происходит на самом высоком юрисдикционном уровне, и при этом следует отметить, что даже тогда, когда суд первой инстан-

policies and the U.S. national interest”, págs. 252 a 255, y Pascale Hélène Dubois, «Remarks», págs. 255 a 259); José Luis de la Cuesta Arazmendi, “Iniciativas internacionales contra la corrupción”, *Eguzkilore*, núm. 17 (diciembre de 2003), págs. 5 a 26; Radha Ivory, *Corruption, asset recovery, and the protection of property in public international law. The human rights of bad guys?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014; Francisco Jiménez García, *La prevención y lucha contra el blanqueo de capitales y la corrupción. Interacciones evolutivas en un derecho internacional global*, Albolote (Granada), Comares, 2015; Ndiva Koefeke-Kale, «“Sed quis custodiet ipsos custodies?” (But who will guard the guardians?): the case for elevating official corruption to the status of a crime in positive international law», *Annual Survey of International & Comparative Law*, vol. XIX (2013), págs. 1 a 16; Kolawole Olaniyan, *Corruption and human rights law in Africa*, Oxford, Hart Publishing, 2014; José Miguel Olivares Tramón, «Democracia, buena gobernanza y lucha contra la corrupción en el derecho internacional», в работе Juan José Romero Guzmán y otros (eds.): *Buen gobierno y corrupción: algunas perspectivas*, Santiago, Eds. Derecho UC, 2009, págs. 319 a 339.

ции заявляет о неприменимости иммунитета в случае международного преступления, вышестоящие суды отменяют такое решение и признают иммунитет³⁵⁵. То же самое можно сказать и в отношении двух других случаев: на практике нельзя найти дел, в которых национальный суд заявляет о неприменимости иммунитета действующего главы государства, главы правительства или министра иностранных дел в силу территориального исключения или по причине актов коррупции; в последнем случае единственным исключением является постановление Апелляционного суда Парижа по делу *Теодоро Нгема Обианг Манге*.

238. То же самое следует сказать о национальных законах, предусматривающих ограничение или исключение в случае международных преступлений, которые, как правило, исключают применение указанного ограничения или исключения к членам «тройки» во время их пребывания в должности. Кроме того, национальные законы, которые не проводят никакого различия между главами государств, главами правительств и министрами иностранных дел, с одной стороны, и остальными должностными лицами государства, с другой, в отношении исключений из иммунитета, делают это, как правило, исключительно в целях сотрудничества с Международным уголовным судом. Только законодательство Буркина-Фасо, Ирландии, Коморских Островов, Маврикия и Южной Африки, как представляется, предусматривают исключение в случае международных преступлений, которое применяется без каких-либо различий ко всем должностным лицам государства³⁵⁶.

239. К этому надо также добавить, что Международный Суд четко заявил, что существует норма обычного права, определяющая полный или абсолютный иммунитет в отношении министров иностранных дел, который применяется также к главам государств и главам правительств и который не допускает исключений даже в случае совершения самых тяжких преступлений, таких как преступление геноцида, преступления против человечности и военные преступления. Такое лимитирование исключения в случае совершения международных преступлений иммунитетом *ratione materiae* также поддерживается большинством авторов, в особенности Институтом международного права, о чем можно судить по его резолюции 2009 года.

240. Следовательно, необходимо сделать вывод о том, что, исходя из практики, нельзя установить существование нормы обычного права, позволяющей применение ограничений или исключений из иммунитета *ratione personae*, так же, как нельзя установить и наличие тенденции в этом направлении. Напротив, ограничения и исключения из иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции применяются к должностным лицам государства в рамках иммунитета *ratione materiae*.

241. Указанное ограничение нельзя, однако, трактовать как какую-то форму иммунитета. Напротив, следует признать, что иммунитет *ratione personae* имеет исключительно временной характер, как это установлено в проекте статьи 4, принятом в предварительном порядке Комиссией в 2013 году. Согласно этому положению следует отметить, что после окончания срока полномочий бывшие главы государств, бывшие главы правительств и бывшие министры иностран-

³⁵⁵ См. рассмотрение дела *Каддафи* во французских судах, упоминается выше, глава II, раздел D.

³⁵⁶ См. главу II, раздел В, выше.

ных дел пользуются лишь иммунитетом *ratione materiae* в отношении действий, совершенных ими в официальном качестве во время их пребывания в должности. Поэтому в это время к ним будет в полной мере применяться режим иммунитета *ratione materiae*, включая ограничения и исключения из него. Иными словами, исключение глав государств, глав правительств и министров иностранных дел из режима ограничений и исключений из иммунитета имеет временный характер, который объясняется прежде всего ролью представителей государства, которую эти институты исполняют в сфере международных отношений.

242. Тем не менее, справедливо то, что при определенных обстоятельствах из временного такое исключение может превратиться в постоянное, особенно в случае монархов, которые выполняют эту функцию пожизненно и не могут быть смещены с должности, и глав государств и правительств, которые в силу различных причин превращаются в пожизненных мандатариев. Хотя в этих случаях ограничения и исключения из иммунитета также не могут применяться, было бы полезно рекомендовать соответствующим государствам подумать о снятии иммунитета со своих должностных лиц, когда это требуется, в особенности в случае совершения самых тяжких международных преступлений. Тем не менее, эта рекомендация должна быть проанализирована в шестом докладе в рамках процессуальных аспектов иммунитета.

Е. Проект статьи

243. На основе анализа, проведенного в настоящем, пятом докладе, ниже предлагается проект статьи об ограничениях и исключениях из иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции. Помимо аргументов, высказанных выше, необходимо обратить внимание на несколько вопросов, которые Специальный докладчик также имела в виду при составлении данного проекта статьи.

244. Во-первых, следует указать на то, что, хотя различие между ограничениями и исключениями является полезным с точки зрения методологии, оно оказывается противоречивым с нормативной точки зрения, особенно в результате расхождений в определении того или иного действия в качестве ограничения или исключения в соответствии с проведенным выше анализом, прежде всего в том, что касается международных преступлений. В прошлом Комиссия уже оказывалась в аналогичной ситуации, когда она занималась разработкой проектов статей о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности. Тогда Комиссия приняла осторожную формулировку, избегавшую использования терминов «ограничение» или «исключение», заменив их общей ссылкой на «разбирательства, при которых нельзя ссылаться на [...] иммунитет». Специальный докладчик использовала эту же формулировку в проекте статьи, предлагаемом в настоящем докладе.

245. Во-вторых, следует также отметить, что в проект статьи не включен отказ от иммунитета государством должностного лица. Сугубо процессуальный характер этого института подталкивает к тому, чтобы заняться этим вопросом в рамках шестого доклада, который, согласно программе работы, первоначально предложенной Специальным докладчиком, будет подготовлен после того, как закончится рассмотрение вопросов существа. Такой подход к отказу от иммунитета согласуется с исследованием, проведенным в прошлом Секретариатом,

и с тем, что было сказано в третьем докладе Специального докладчика г-на Колодкина, равно как и с подходом Комиссии при подготовке проектов статей о юрисдикционном иммунитете государств и их собственности.

246. В-третьих, учитывался также и тот факт, что ничто не мешает государствам определить случаи неприменения иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции посредством международных договоров. Речь идет о возможности, которая уже возникала на практике и которая в полной мере согласуется с правом международных договоров. По этой причине в предлагаемый проект статьи включена конкретная ссылка на эту возможность. По этой же причине включена и конкретная ссылка на обязанность сотрудничать с тем или иным международным уголовным судом.

247. Наконец, Специальный докладчик хотела бы отметить, что применение этого проекта статьи должно трактоваться в свете процессуальных норм относительно применения иммунитета, которые могут быть разработаны в будущем. Хотя такие нормы не смогут изменить материально-правовое содержание проекта статьи в том, что касается определения ситуаций, в которых иммунитет не применяется, они смогут установить конкретные процессуальные условия в целях обеспечения соблюдения всех процессуальных гарантий, которые защищают как государства, так и индивидуумов. Вместе с тем на данном этапе не представляется необходимым включать конкретную ссылку на этот вопрос в проект статьи.

248. С учетом указанных выше соображений Специальный докладчик предлагает следующий проект статьи:

Проект статьи 7

Преступления, в отношении которых иммунитет не применяется

1. Иммунитет не применяется в отношении следующих преступлений:

- а) преступление геноцида, преступления против человечности, военные преступления, пытки и насильственные исчезновения;
- б) преступления, связанные с коррупцией;
- в) преступления, причиняющие ущерб людям, включая смерть и тяжкий вред, или имуществу, когда такие преступления совершаются на территории государства суда и когда должностное лицо государства находится на указанной территории в момент совершения таких преступлений.

2. Положения пункта 1 не применяются к тем, кто пользуется иммунитетом *ratione personae*, в период их пребывания в должности.

3. Положения пунктов 1 и 2 не затрагивают:

- а) любое положение договора, обязательного для государства суда и государства должностного лица, согласно которому иммунитет не применяется;
- б) обязательство сотрудничать с международным судом или трибуналом, которое во всех случаях подлежит соблюдению государством суда.

Глава V

План будущей работы

249. В соответствии с программой работы, первоначально предложенной Специальным докладчиком, в шестом докладе должны быть рассмотрены процессуальные аспекты иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции. Помимо этого, в указанном докладе необходимо будет вернуться к концепциям юрисдикции и иммунитета, которые были изначально предложены Специальным докладчиком в ее втором докладе. Эти концепции необходимо будет проанализировать с процессуальной точки зрения установления, в частности, действий, характерных для расследования и судебного преследования за то или иное конкретное преступление, в отношении которых применяется иммунитет.

250. Анализом процессуальных аспектов иммунитета завершится рассмотрение вопросов, включенных в первоначальную программу работы, и Комиссия сможет завершить рассмотрение этой темы и принять проекты статей в первом чтении в 2017 году. Соответственно, после периода времени, необходимого для представления государствами своих письменных замечаний, которые они сочтут целесообразными, Комиссия сможет проанализировать эти замечания и предложения Специального докладчика в 2019 году и, в зависимости от обстоятельств, перейти к окончательному принятию проектов статей во втором чтении.

251. Этот план работы будет, так или иначе, зависеть от того, какие решения примет в ближайшие пять лет Комиссия, которая будет выбрана Генеральной Ассамблеей в ноябре 2016 года.

Приложение I

Проекты статей, принятые в предварительном порядке Комиссией международного права

Часть первая Введение

Проект статьи 1 Сфера применения настоящих проектов статей

1. Настоящие проекты статей применяются к иммунитету должностных лиц государства от уголовной юрисдикции другого государства.
2. Настоящие проекты статей не затрагивают иммунитета от уголовной юрисдикции, которым на основании специальных норм международного права обладают, в частности, лица, связанные с дипломатическими представительствами, консульскими учреждениями, специальными миссиями, международными организациями и вооруженными силами государства.

Проект статьи 2 Определения

Для целей настоящих проектов статей:

[...]

- е) «должностное лицо государства» означает любое лицо, которое представляет государство или осуществляет государственные функции.

Часть вторая Иммунитет *ratione personae*

Проект статьи 3 Лица, обладающие иммунитетом *ratione personae*

Иммунитетом *ratione personae* от осуществления иностранной уголовной юрисдикции обладают главы государств, главы правительств и министры иностранных дел.

Проект статьи 4 Сфера применения иммунитета *ratione personae*

1. Главы государств, главы правительств и министры иностранных дел обладают иммунитетом *ratione personae* только в течение срока их полномочий.
2. Такой иммунитет *ratione personae* охватывает все действия, совершенные будь то в частном или официальном качестве главами государств, главами правительств и министрами иностранных дел до или в течение срока их полномочий.
3. Прекращение иммунитета *ratione personae* не затрагивает применения норм международного права, касающихся иммунитета *ratione materiae*.

Часть третья
Иммунитет *ratione materiae*

Проект статьи 5
Лица, обладающие иммунитетом *ratione materiae*

Должностные лица государства, выступающие в качестве таковых, пользуются иммунитетом *ratione materiae* от осуществления иностранной уголовной юрисдикции.

Приложение II

Проекты статей, принятые в предварительном порядке Редакционным комитетом на шестьдесят седьмой сессии Комиссии в 2015 году

Часть первая Введение

Проект статьи 2 Определения

Для целей настоящих проектов статей:

[...]

f) «деяние, совершенное в официальном качестве,» означает любое деяние, совершенное должностным лицом государства в порядке осуществления государственной власти.

Часть третья Иммунитет *ratione materiae*

Проект статьи 6 Сфера охвата иммунитета *ratione materiae*

1. Должностные лица государства пользуются иммунитетом *ratione materiae* в отношении деяний, совершенных в официальном качестве.
2. Иммунитет *ratione materiae* в отношении деяний, совершенных в официальном качестве, продолжает существовать после того, как такие лица перестают быть должностными лицами государства.
3. Лица, пользовавшиеся иммунитетом *ratione personae* в соответствии с проектом статьи 4, мандат которых закончился, продолжают пользоваться иммунитетом в отношении деяний, совершенных в официальном качестве в течение срока действия такого мандата.

Приложение III

Проект статьи, предложенный Комиссией международного права для рассмотрения на ее шестидесят восьмой сессии

Проект статьи 7

Преступления, в отношении которых иммунитет не применяется

1. Иммунитет не применяется в отношении следующих преступлений:
 - i) преступление геноцида, преступления против человечности, военные преступления, пытки и насильственные исчезновения;
 - ii) преступления, связанные с коррупцией;
 - iii) преступления, причиняющие ущерб людям, включая смерть и тяжкий вред, или имуществу, когда такие преступления совершаются на территории государства суда и когда должностное лицо государства находится на указанной территории в момент совершения таких преступлений.
 2. Положения пункта 1 не применяются к тем, кто пользуется иммунитетом *ratione personae*, в период их пребывания в должности.
 3. Положения пунктов 1 и 2 не затрагивают:
 - i) любое положение договора, обязательного для государства суда и государства должностного лица, согласно которому иммунитет не применяется;
 - ii) обязательство сотрудничать с международным судом или трибуналом, которое во всех случаях подлежит соблюдению государством суда.
-