



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
29 May 2008

Original: Russian

Комиссия международного права

Шестидесятая сессия

Женева, 5 мая — 6 июня и 7 июля — 8 августа 2008 года

Предварительный доклад об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции

**Подготовлен Специальным докладчиком
Романом Анатольевичем Колодкиным**



Содержание

	Пункты	Стр.
I. Введение	1–2	4
II. Цель предварительного доклада	3–5	4
III. История рассмотрения Комиссией и Институтом вопроса об иммунитете должностных лиц государства от иностранной юрисдикции	6–26	5
A. Работа Комиссии	6–24	5
B. Работа Института	25–26	13
IV. Предварительные вопросы	27–102	15
A. Источники	27–42	15
1. Международные договоры	27–29	15
2. Международное обычное право	30–34	17
3. Международная вежливость	35–36	20
4. Роль международного национального права	37–41	21
5. Материалы, которые предстоит использовать	42	24
B. Иммунитет и юрисдикция	43–101	25
1. Юрисдикция	43–47	25
2. Уголовная юрисдикция	48–50	27
3. Уголовная юрисдикция и гражданская юрисдикция	51–55	28
4. Иммунитет	56–63	30
5. Иммунитет от уголовной юрисдикции и его процессуальная природа	64–70	33
6. Иммунитет, доктрина «невозможности рассмотрения в суде» и доктрина «государственного акта»	71–77	37
7. Иммунитет должностных лиц <i>ratione personae</i> , иммунитет должностных лиц <i>ratione materiae</i>	78–83	40
8. Обоснование иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции	84–97	43
9. Иммунитет должностных лиц государства, дипломатический и консульский иммунитеты	98–101	55
C. Резюме	102	58
V. Вопросы, которые целесообразно рассмотреть для определения сферы охвата темы	103–130	60
A. Границы темы	103–105	60

В.	Сфера охвата по кругу лиц	106–129	61
1.	Все должностные лица; определение понятия «должностное лицо государства»	106–108	61
2.	Должностные лица, пользующиеся иммунитетом <i>ratione personae</i>	109–121	64
3.	Вопрос о признании в контексте настоящей темы	122–124	72
4.	Члены семьи	125–129	74
С.	Резюме	130	76

I. Введение

1. На своей пятьдесят восьмой сессии Комиссия международного права (далее — Комиссия), по рекомендации Группы по планированию в ходе текущего пятилетнего периода¹, одобрила включение в долгосрочную программу работы темы «Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции»². Краткий набросок темы, включая небольшую библиографию по ней, был приложен к докладу пятьдесят восьмой сессии³.

2. При обсуждении в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций новых тем, включенных в долгосрочную программу работы Комиссии, большинство выступавших поддержало эту тему. При этом «было высказано мнение, что, судя по всему, пришло время обобщить современную практику и попытаться разработать общие нормы по этому вопросу. Было отмечено также, что должное внимание следует уделить потребности должностных лиц государства в использовании такого иммунитета в интересах стабильных отношений между государствами» (A/CN.4/577, пункт 126). На следующей сессии, 20 июля 2007 года, Комиссия постановила включить эту тему в свою текущую программу работы⁴. Резолюцией 62/66 от 8 декабря 2007 года по Докладу Комиссии Генеральная Ассамблея приняла к сведению это решение.

II. Цель предварительного доклада

3. В предварительном докладе кратко излагается история рассмотрения Комиссией и Институтом международного права (далее — Институт) вопроса об иммунитете должностных лиц государства от иностранной юрисдикции, а также очерчивается круг вопросов, которые предлагаются для рассмотрения Комиссией на предварительном этапе работы над темой. К числу вопросов, выявление по которым взглядов Комиссии важно для дальнейшего рассмотрения темы по существу, можно отнести, в частности, следующие:

- вопрос об источниках иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции;
- вопрос о содержании понятий «иммунитет» и «юрисдикция», «уголовная юрисдикция» и «иммунитет от уголовной юрисдикции» и о соотношении иммунитета и юрисдикции;
- вопрос о типологии иммунитета должностных лиц государства (иммунитет *ratione personae* и иммунитет *ratione materiae*);

¹ Группа по планированию, в свою очередь, основывалась на представленном ей докладе Рабочей группы по долгосрочной программе работы, в котором для включения в долгосрочную программу работы Комиссии предлагалось шесть новых тем, включая упомянутую. См. документ A/CN.4/L.704, 2 августа 2006 год, с. 2, пункт 4.

² *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят первая сессия, Дополнение № 10* (A/61/10), Доклад Комиссии международного права, пятьдесят восьмая сессия (2006 год), стр. 429, пункт 257.

³ Там же, Приложение А, стр. 440–462.

⁴ Там же, *шестьдесят вторая сессия, Дополнение № 10* (A/62/10), Доклад Комиссии международного права, пятьдесят девятая сессия (2007 год), стр. 233, пункт 376.

- вопрос об обосновании иммунитета должностных лиц государства и о соотношении иммунитета должностных лиц с иммунитетом государства, с дипломатическим и консульским иммунитетом и с иммунитетом членов специальных миссий;
 - вопросы, которые необходимо рассмотреть для определения сферы охвата настоящей темы.
4. К числу последних относятся, в частности:
- вопрос о том, все ли должностные лица государства или только часть из них (например, только главы государств, главы правительств и министры иностранных дел) должны охватываться будущими проектами руководящих принципов или проектами статей, которые могли бы быть подготовлены Комиссией в результате рассмотрения данной темы;
 - вопрос об объеме иммунитета, которым пользуются те действующие и бывшие должностные лица государства, которые будут охватываться рассматриваемой темой;
 - вопрос об отказе от иммунитета должностных лиц государства (и, возможно, другие процедурные аспекты иммунитета).

5. Цель настоящего доклада, таким образом, заключается в том, чтобы примерно очертить два круга вопросов: во-первых, те, которые в принципе должны быть проанализированы Комиссией в рамках рассмотрения темы об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции; во-вторых, вопросы, ответы на которые, вероятно, должны быть даны Комиссией при возможном формулировании какого-либо инструмента в результате рассмотрения данной темы, например, проектов руководящих принципов или проектов статей.

III. История рассмотрения Комиссией и Институтом вопроса об иммунитете должностных лиц государства от иностранной юрисдикции

A. Работа Комиссии

6. Обзор международного права, подготовленный Секретариатом для Комиссии перед ее первой сессией в 1948 году, содержал раздел «Юрисдикция в отношении иностранных государств», в котором говорилось, что эта тема охватывает «всю область юрисдикционных иммунитетов государств и их собственности, принадлежащих им судов, их суверенов и их вооруженных сил»⁵ (подч. мною — Р.К.).

7. Вопрос затрагивался Комиссией при подготовке проекта Декларации о правах и обязанностях государств в 1949 году. В проекте ее статьи 2 говорится: «Каждое государство имеет право осуществлять юрисдикцию над своей территорией и над всеми лицами и вещами, находящимися в ее пределах, с соблюдением признанных международным правом иммунитетов»⁶. В комментарии к

⁵ United Nations publication, Sales No. 1948. V. 1 (I), para. 50.

⁶ Работа Комиссии международного права, 6-е издание, том I, стр. 283.

ней отмечалось, что «заключительная фраза — гарантирование защиты таких иммунитетов, а также иммунитетов дипломатических должностных лиц и должностных лиц международных организаций»⁷. Должностные лица государств как таковые, таким образом, прямо не упоминались.

8. Вопрос рассматривался при подготовке проекта принципов международного права, признанных Уставом Международного военного трибунала и в приговоре Трибунала, принятых Комиссией в 1950 году. В соответствии с проектом принципа III «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»⁸. Как отмечается в комментарии Комиссии, этот текст основан на статье 7 Устава Нюрнбергского трибунала⁹. Та же идея, по мнению Комиссии, была выражена в следующем пассаже приговора Трибунала: «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»¹⁰.

9. Затрагивался этот сюжет и при работе в Комиссии над проектом Кодекса преступлений против мира и безопасности человечества 1954 года. Согласно проекту статьи 3 Кодекса, похожей на проект принципа III принципов международного права, признанных Уставом Международного военного трибунала и в приговоре Трибунала, «То обстоятельство, что какое-либо лицо действовало в качестве главы государства или ответственного должностного лица правительства, не освобождает такое лицо от ответственности за совершение какого-либо из преступлений, определяемых в настоящем кодексе»¹¹.

10. В несколько иной формулировке эта идея отражена в проекте статьи 7 Кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, принятом Комиссией в 1996 году: «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»¹². В предлагавшемся в 1988 году проекте статьи 11, ставшем проектом статьи 7 в окончательном варианте проекта Кодекса, вместо слов «даже если оно действовало как глава государства или правительства» использовались слова «и в частности

⁷ *Report of the International Law Commission to the General Assembly*, annex to General Assembly resolution 375 (IV) of 6 December 1949, p. 287.

⁸ *Yearbook of International Law Commission 1950*, vol. II, p. 375.

⁹ «Должностное положение подсудимых, и положение в качестве глав государств или ответственных чиновников различных правительственных ведомств, не должно рассматриваться как основание к освобождению от ответственности или смягчению наказания». United Nations, *Treaty Series*, vol. 82, p. 284, at p. 288.

¹⁰ Ibid. Как отмечает О. Триффтерер, формулировка принципов, принятых Комиссией, слегка отличается от положений документов Нюрнбергского трибунала «по форме, но не по существу, за исключением того факта, что слова «или смягчению наказания» были исключены». O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer's Notes, Article by Article*. Baden-Baden: Nomos, 1999, p. 503.

¹¹ *Yearbook ... 1954*, vol. II, p. 152.

¹² *Ежегодник ... 1996 год*, том II, стр. 32.

тот факт, что оно действует как глава государства или правительства»¹³. В комментарии к этой статье, в частности, указывалось, что ее формулировка содержит элементы формулировок соответствующих положений Уставов Нюрнбергского и Токийского трибуналов, Нюрнбергских принципов, принятых Комиссией в 1950 году, и проекта кодекса, принятого Комиссией в 1954 году¹⁴.

11. Следует учитывать, что как проекты принципов международного права, признанных Уставом Международного военного трибунала и в приговоре Трибунала, так и проекты Кодекса преступлений против мира и безопасности человечества были связаны концептуально с идеей международной уголовной юрисдикции (хотя изначально проект кодекса задумывался как предназначенный для использования как национальными, так и международными судами). Комментарии к Нюрнбергским Принципам, принятым Комиссией, основывались главным образом на выводах Нюрнбергского трибунала¹⁵. Что касается Кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, то, как отмечалось Комиссией, «в связи с вопросом осуществления кодекса и с учетом того факта, что, по мнению некоторых членов Комиссии, кодекс, не предусматривающий ... компетентного органа уголовной юстиции, будет неэффективным, Комиссия просила Генеральную Ассамблею уточнить, входит ли в ее мандат разработка статута органа международной уголовной юстиции, обладающего

¹³ *Yearbook ... 1988*, vol. II (Part Two), *Official Records of the General Assembly, Forty-third session, Report of the International Law Commission*, Doc A/43/10, p. 71.

¹⁴ *Ibid.* Кроме того, там же Комиссия отмечала: «Хотя она прямо указывает на глав государств или правительств, поскольку они обладают наибольшими полномочиями в плане принятия решений, слова «должностное положение лица ... и в частности» свидетельствуют о том, что эта статья также касается других должностных лиц. Реальный эффект этого принципа заключается в том, что на должностное положение лица, которое совершает преступление против мира и безопасности, никогда нельзя ссылаться в качестве обстоятельства, освобождающего его от ответственности или наделяющего его каким-либо иммунитетом, даже если оно утверждает, что действия, представляющие собой преступные деяния, были осуществлены во исполнение его функциональных обязанностей». В комментарии к окончательному проекту статьи 7 Кодекса Комиссия отмечала: «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». *Yearbook ... 1996*, vol. II (Part Two), p. 27. В то же время Дж. Верхувен в отношении этого положения проекта Кодекса 1996 года утверждает, что «естественно, такое положение не подразумевает ни того, что иммунитет должен сохраняться, ни того, что он должен аннулироваться: он попросту ему не присущ». Verhoeven J., «Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international», dans: Joe Verhoeven (dir.), *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?*, Larcier, 2004, p. 92.

¹⁵ *Yearbook ... 1950*, vol. II, p. 191, para. 42.

компетенцией в отношении лиц»¹⁶. После того, как проект статута для международного уголовного суда, разработанный Комиссией по поручению Генеральной Ассамблеи ООН в рамках проекта Кодекса преступлений против мира и безопасности человечества¹⁷, стал самостоятельным документом, в Шестом комитете по этому поводу высказывалось сожаление, поскольку «суд первоначально предусматривался как правовой орган, в котором будет применяться кодекс»¹⁸. Показательно в этом смысле и примечание к комментарию к проекту статьи 7 Кодекса 1996 года. Отмечая, что «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 исключаящего вину обстоятельства», Комиссия сочла уместным добавить в примечание: «Судебное разбирательство в международном уголовном суде представляло бы собой пример квинтэссенции 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»¹⁹.

¹⁶ *Yearbook ... 1988*, vol. II (Part Two), *Official Records of the General Assembly, Forty-third session, Report of the International Law Commission*, Doc A/43/10, p. 55, para. 198. Характерно в этом смысле, например, выступление члена Комиссии Ст.Маккаффи при обсуждении проекта статьи, касающейся обязательства наказывать или осуществлять уголовное преследование. Он указывал, в частности, что не считает, что «универсальная юрисдикция будет в какой-либо мере более приемлемой для государств, нежели международный уголовный суд; фактически может быть наоборот. Следовательно, он не уверен, что Комиссии целесообразно приступить к разработке статьи об универсальной юрисдикции, прежде чем она хотя бы не попытается разработать статут международного уголовного суда...». *Yearbook ... 1988*, vol. I, p. 273. См. также *Yearbook ... 1989*, vol. II (Part Two), *Official Records of the General Assembly, Forty-fourth session, Report of the International Law Commission*, Doc. A/44/10, paras. 211–216, pp. 65–66.

¹⁷ Резолюцией 44/39 от 4 декабря 1989 г. Генеральная Ассамблея ООН предложила Комиссии «при рассмотрении на ее сорок второй сессии пункта, озаглавленного «Проект преступлений против мира и безопасности человечества», изучить вопрос о создании международного уголовного судебного органа с юрисдикцией, распространяющейся на лиц, обвиняемых в совершении преступлений, которые могут подпадать под действие такого кодекса ...» (подч. мн. — Р.К.) ([available at http://untreaty.un.org/ilc/guide/7_4.htm](http://untreaty.un.org/ilc/guide/7_4.htm)). Резолюцией 46/54 от 9 декабря 1991 г. Генеральная Ассамблея пригласила Комиссию «... в рамках работы над проектом кодекса преступлений против мира и безопасности человечества провести дальнейшее рассмотрение и анализ проблем, поднятых в ее докладе о работе ее сорок второй сессии и касающихся вопроса об органе международной уголовной юстиции, включая предложения в отношении создания международного уголовного суда или иного международного механизма уголовного правосудия...» (подч. мн. — Р.К.).

¹⁸ Тематическое резюме обсуждений в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи в ходе ее пятидесятой сессии, подготовленное Секретариатом, A/CN.4/472, 16 февраля 1996 года, (1995 год), стр. 16, пункт 42. Отмечалось также, что «кодекс с большим успехом применялся бы международным уголовным судом, нежели национальными судами». Там же, пункт 43. В то же время высказывалось мнение, что «у кодекса и будущего суда есть общая цель, состоящая в предоставлении национальным судам или международному органу возможности назначать наказание за особенно отвратительные преступления, совершаемые государствами или отдельными лицами...» (подч. мн. — Р.К.). Там же, пункт 45.

¹⁹ *Yearbook ... 1996*, vol. II (Part Two), p. 27.

12. Следует также иметь в виду, что при рассмотрении этого положения проекта кодекса Комиссия учитывала, что ряд государств в связи с ним поднимал вопрос о возможном иммунитете должностных лиц государства, включая глав государств и правительств. В этой связи председатель Редакционного комитета, представляя проект кодекса, принятого им во втором чтении, пленуму, отметил, что, по мнению Редакционного комитета, вопрос об иммунитете относится к имплементации кодекса и поэтому не должен рассматриваться в той части кодекса, которая касается общих принципов²⁰.

13. Вопрос об иммунитете должностных лиц государства от иностранной юрисдикции рассматривался в Комиссии при подготовке проектов статей о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности. В соответствии с пунктом 1(b)(v) проекта статьи 2 «представители государства, действующие в этом качестве», охватывались термином «государство»²¹. Эти представители включают глав государств и правительств, руководителей подразделений министерств, послов, глав миссий, дипломатических агентов, консульских должностных лиц²². Слова «в этом качестве» в конце пункта 1(b)(v) проекта статьи 2 имели целью пояснить, что этот иммунитет предоставляется представителю качества этих лиц *ratione materiae*²³. Что касается иммунитетов *ratione personae*, на которые, как отмечала Комиссия, главы государств и послы «имеют право»²⁴, то на них проекты статей не распространяются.

14. Первоначально предполагалось, что при разработке данной темы Комиссии следует рассмотреть иммунитет в различных формах и проявлениях — иммунитет от гражданской, административной и уголовной юрисдикции. Предложение об этом содержалось в докладе созданной Комиссией Рабочей группы, которая рассматривала вопрос о будущей работе Комиссии по теме²⁵. В седьмом и восьмом докладах специального докладчика С. Сучариткула содержался среди прочего проект статьи 25, касавшийся иммунитетов «персональных суверенов и других глав государств» *ratione personae*, в том числе от уголовной юрисдикции другого государства²⁶. Этот проект статьи был подвергнут критике на 31-й сессии Комиссии и не включен в проекты статей, представленных Генеральной Ассамблее²⁷. Об иммунитете глав государств (или иных представителей государства) от уголовной юрисдикции в проектах статей больше не упоминалось.

15. Комиссия ограничилась включением в проекты статей клаузулы «без ущерба». Согласно пункту 2 проекта статьи 3 эти статьи не наносят «ущерба привилегиям и иммунитетам, предоставляемым в соответствии с международным правом главам государств *ratione personae*». Как указывается в коммента-

²⁰ *Yearbook ... 1995*, vol. I, p. 202, para. 36.

²¹ *Yearbook ... 1991*, vol. II (Part Two), p. 14.

²² *Ibid.*, p. 18, para. 17. Из комментария к проекту статьи 2 очевидно, что данный перечень не был исчерпывающим. По мнению Комиссии, все физические лица, которые имеют право представлять государство, являются бенефициариями иммунитета государства.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Yearbook ... 1978*, vol. II (Part Two), *Report of the International Law Commission on the work of its thirtieth session*, p. 154, para. 22.

²⁶ *Yearbook ... 1985*, vol. II (Part One), pp. 44–45; *Yearbook ... 1986*, vol. II (Part One), p. 31.

²⁷ Обсуждение в Комиссии проекта статьи 25, представленного в восьмом докладе специального докладчика, см. *Yearbook ... 1986*, vol. I, pp. 9–28.

рии к этому пункту, проекты статей не предрешают «вопроса об объеме иммунитета, предоставляемого государствами иностранным суверенам или другим главам государств, их семьям или домашним работникам и могущих на практике охватывать и других лиц их окружения. Подобным образом, настоящие статьи не предрешают вопроса об объеме иммунитетов, предоставляемых государствами главам правительств и министрам иностранных дел. Однако эти лица прямо не указаны в пункте 2, поскольку разработать исчерпывающий перечень представляется сложным и, кроме того, в результате любого перечисления таких лиц возникли бы вопросы, связанные с основой и объемом юрисдикционных иммунитетов, которыми пользуются такие лица. В свое время было выдвинуто предложение добавить в пункте 2 после слов «главам государств» слова «главам правительств и министрам иностранных дел», однако данное предложение не было принято Комиссией»²⁸. Отметим и другой элемент комментария: «Поэтому оговорка в пункте 2 статьи 3 касается исключительно частных действий или персональных иммунитетов и привилегий... предоставляемых в межгосударственной практике без какого-либо предположения относительного того, что их статус должен каким-либо образом быть затронут настоящими статьями. Действующее обычное право остается нетронутым»²⁹.

16. Вопросы иммунитета должностных лиц государства от уголовной юрисдикции другого государства, статуса должностных лиц государства рассматривались Комиссией при подготовке проектов статей о дипломатических и консульских сношениях, о специальных миссиях, о предотвращении и наказании преступлений против дипломатических агентов и других лиц, пользующихся международной защитой, о представительстве государств в их отношениях с международными организациями.

17. В проектах статей о дипломатических сношениях, о консульских сношениях, о специальных миссиях, о представительстве государств в их отношениях с международными организациями речь шла об особых категориях должностных лиц государства, в частности о «дипломатических агентах», «консульских должностных лицах», «представителях посылающего государства», «делегатах» и т.п., на которых государство возлагает осуществление от своего имени определенных функций в отношениях с другим государством или международной организацией. Проектами статей предусматривалось, что эти категории должностных лиц государства пользуются иммунитетом от уголовной юрисдикции государства пребывания³⁰.

18. Особый интерес представляет обращение Комиссии к вопросу о статусе главы государства и других лиц «высокого ранга» при подготовке проектов статей о специальных миссиях. Первоначально Комиссия рассматривала воз-

²⁸ Ежегодник ... 1991 год, том II (Часть вторая), стр. 22, пункт 7.

²⁹ Там же, пункт 6.

³⁰ См., в частности: проекты статей 27, 29, 30, 37, 38, 39, 40 проектов статей о дипломатических сношениях и комментарии к ним (*Yearbook ... 1958*, vol. II, pp. 97–99, 102–104); проекты статей 41, 43, 45, 53, 54, 55 проектов статей о консульских сношениях и комментарии к ним (*Yearbook ... 1961*, vol. II, pp. 115–119, 122–123); проекты статей 29, 31, 41, 43, 44 проектов статей о специальных миссиях и комментарии к ним (*Yearbook ... 1967*, vol. II, pp. 361, 362, 365, 366); проекты статей 28, 30, 31, 37, 38, 59, 61, 62, 68, 69 проектов статей о представительстве государств в отношениях с международными организациями и комментарии к ним (*Yearbook of ... 1971*, vol. II (Part One), pp. 302–305, 308–309, 319–321, 323).

возможность включения в проекты статей раздела, посвященного т.н. специальным миссиям высокого уровня, в частности миссиям, которые возглавляются главами государств, правительства, министрами иностранных дел и другими министрами³¹. На 17-й сессии Комиссии специальный докладчик представил проекты статей, посвященных таким специальным миссиям³². Эти проекты статей предусматривали полную неприкосновенность и полный иммунитет от юрисдикции принимающего государства главы государства, главы правительства, министра иностранных дел, других министров, являющихся главой специальной миссии³³. Комиссия не обсуждала сами проекты, а рассмотрела вопрос о том, надо ли формулировать специальные правила для таких миссий³⁴. С учетом мнения государств по этому вопросу Комиссия рекомендовала специальному докладчику не готовить проекты положений, касающихся т.н. специальных миссий высокого уровня, а включить в проекты статей положение о статусе главы государства как главы специальной миссии и взвесить, надо ли упоминать особую ситуацию с этими специальными миссиями в положениях, посвященных определенным иммунитетам³⁵. В этой связи в проекты статей, представленных Комиссией Генеральной Ассамблее в 1967 году, был включен следующий проект статьи 21:

1. Глава посылающего государства, возглавляющий специальную миссию, пользуется в принимающем государстве или в третьем государстве, помимо того, что предоставляется ему в силу настоящих статей, преимуществами, привилегиями и иммунитетами, которые признаются международным правом за главами государств, посещающими другое государство с официальным визитом.

2. Глава правительства, министр иностранных дел и другие лица высокого ранга, участвующие в специальной миссии посылающего государства, пользуются в принимающем государстве или в третьем государстве, помимо того, что предоставляется им в силу настоящих статей, преимуществами, привилегиями и иммунитетами, которые признаются за ними международным правом»³⁶.

³¹ «На своей шестнадцатой сессии Комиссия международного права постановила просить своего Специального докладчика представить ей на ее предстоящей сессии статьи, касающиеся правового статуса так называемых специальных миссий высокого уровня, в частности специальных миссий, возглавляемых главами государств, главами правительств, министрами иностранных дел и членами правительства». *Yearbook ... 1967*, vol. II, p. 153.

³² *Yearbook ... 1965*, vol. II, pp. 143–144. При этом Специальный докладчик М. Бартош отметил: «Несмотря на все свои усилия для установления того, какие нормы конкретно применяются к миссиям подобного рода, Специальный докладчик не смог их обнаружить ни в практике, ни в литературе». *Ibid.*, p. 143.

³³ Пункты (j), (i) проекта статьи 2; пункты (e), (g) проекта статьи 3; пункты (f), (h) проекта статьи 4; пункты (d), (f) проекта статьи 5. *Ibid.*

³⁴ *Yearbook ... 1966*, vol. I (Part Two), pp. 259–261. Подводя итог дискуссии, Специальный докладчик среди прочего заметил: «Нет никаких сомнений в том, что для миссий, возглавляемых главой государства, нормы общего международного права уже существуют и поэтому необходимость в разработке каких-либо специальных норм отсутствует». *Ibid.*, p. 261.

³⁵ *Yearbook ... 1966*, vol. II, p. 277, para. 69.

³⁶ *Yearbook ... commission, 1967*, vol. II, p. 359.

19. В комментарии к этому проекту статей отмечалось, что «в международном праве ... ранг может наделять имеющее его лицо исключительными льготами, привилегиями и иммунитетами, которые оно получает, став членом специальной миссии», а также что «Комиссия конкретно не указала титулы и ранги, которые эти «другие лица» должны иметь, с тем чтобы пользоваться дополнительными льготами, привилегиями и иммунитетами, поскольку такие титулы и ранги разнились бы в разных государствах с учетом конституционного права и действующего протокола»³⁷. Таким образом, Комиссия оставила неясным круг лиц, относящихся к числу «лиц высокого ранга», приведя в пункте 2 проекта статьи 21 лишь два их общепринятых примера — главу правительства и министра иностранных дел. Не проясненным остался и объем иммунитетов, которые предоставляются главам государств, правительствам, министрам иностранных дел и другим должностным лицам «высокого ранга» международным правом за пределами проектов статей.

20. Аналогичный проект статьи был включен в проекты статей о представительстве государств в их отношениях с международными организациями, представленные Комиссией Генеральной Ассамблеи в 1971 г.³⁸ Как отметила в комментарии к нему Комиссия, некоторые государства, направившие письменные мнения, считают, что эта статья вообще не нужна, поскольку лица, о которых идет речь, «будут пользоваться льготами, привилегиями и иммунитетами, предоставляемыми им международным правом, вне зависимости от того, будет ли эта статья включена в проект»³⁹. Комиссия, тем не менее, проект сохранила, заметив в комментарии, что он отражает «установленную практику»⁴⁰.

21. Представляет также интерес рассмотрение Комиссией вопроса об определении термина «лицо, пользующееся международной защитой» для целей проектов статей о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой. Определяя содержание этого термина для целей проектов статей, Комиссия тем самым определяла сферу применения проектов статей *ratione personae*. Согласно пункту 1 статьи 1 проектов статей, представленных Комиссией Генеральной Ассамблеи в 1972 г., для целей проектов статей «лицо, пользующееся международной защитой», есть: а) глава государства или правительства, находящийся в иностранном государстве, а также сопровождающие его члены его семьи; б) всякое должностное лицо государства или международной организации, имеющее право в соответствии с общим международным правом или международным соглашением на специальную защиту для или по причине выполнения функций по поручению своего госу-

³⁷ Ibid.

³⁸ «Статья 50. Статус главы государства или лиц высокого ранга

1. Глава посылающего государства, возглавляющего делегацию, пользуется в государстве пребывания или в третьем государстве, помимо того, что предоставляется ему в силу настоящих статей, возможностями, привилегиями и льготами, которые признаются международным правом за главами государств.
2. Глава правительства, министр иностранных дел и другие лица высокого ранга, входящие в состав делегации посылающего государства, пользуются в государстве пребывания или в третьем государстве, помимо того, что предоставляется им в силу настоящих статей, возможностями, привилегиями и иммунитетами, которые признаются за ними международным правом».

Ежегодник ... 1971, том II (Часть первая), стр. 378.

³⁹ Там же.

⁴⁰ Там же.

дарства или международной организации, а также члены его семьи, которые также имеют право на специальную защиту⁴¹.

22. Как отмечается в комментарии к проекту статьи, глава государства или правительства специально упоминаются в подпункте (а) из-за исключительной защиты, которая по международному праву связана с таким статусом⁴². Комиссия подчеркнула, что глава государства или правительства имеет право на специальную защиту во всех случаях, когда он находится в иностранном государстве, независимо от характера его визита — официального, неофициального или частного»⁴³.

23. Предложение указать в тексте проекта статьи, что международная защита распространяется также на членов кабинета или других лиц аналогичного, т.е. высокого ранга в любое время и при любых обстоятельствах их пребывания в иностранном государстве, было отвергнуто. Во-первых, Комиссия сочла, что, хотя есть некоторая поддержка принципа, согласно которому такие лица имеют право на международную защиту, «он не может быть основан на какой-либо широко распространенной норме международного права и поэтому его не следует вносить»⁴⁴. Во-вторых, противники этого предложения указывали на то, что Комиссия уже рассматривала возможность использования подобной формулировки (например, другие лица высокого ранга) при работе над сюжетами о специальных миссиях и о представительстве государств в их отношениях с международными организациями и отказалась от нее из-за того, что ее содержание не достаточно ясно⁴⁵.

24. В отличие от глав государств или правительств, право должностных лиц, указанных в подпункте (b) пункта 1 проекта статьи 1, на специальную защиту, по мнению Комиссии, зависит от осуществления ими официальных функций⁴⁶.

В. Работа Института

25. Первый раз вопрос об иммунитете глав государств от юрисдикции иностранных судов Институт рассматривал в XIX веке. В 1891 г. был принят “Projet de règlement international sur la compétence des tribunaux dans les procès contre les Etats, souverains ou chefs d’Etat étrangers” («Проект международных правил о компетенции трибуналов по искам против государств, суверенов или

⁴¹ Ежегодник ... 1972 год, том II, стр. 385.

⁴² Там же.

⁴³ Там же.

⁴⁴ Там же, стр. 386.

⁴⁵ Ibid., p. 237. Последний довод, как мы знаем, не соответствовал конечным результатам работы Комиссии над обеими упомянутыми темами: в проекты статей по специальным миссиям и по представительству государств в отношениях с международными организациями вошли проекты статей, в которых, наряду с главами правительств и министрами иностранных дел, упоминались «другие лица высокого ранга».

⁴⁶ Ibid., pp. 313–314. Так, дипломатический агент, находящийся на отдыхе в государстве, ином, нежели государство пребывания или принимающее государство, обычно не будет иметь право на специальную защиту.

глав иностранных государств»)⁴⁷. Иммунитет главы государства рассматривался в рамках иммунитета государства. Иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции в статьях не выделялся. Речь шла об иммунитете в целом. Согласно статьям 4–6 проекта национальные трибуналы могли рассматривать в отношении глав иностранных государств только очень ограниченный круг гражданско-правовых исков⁴⁸.

26. Во второй раз Институт изучал вопрос об иммунитете глав государств уже на рубеже прошлого и нынешнего веков, когда общественный, политический и профессиональный интерес к этой теме стал весьма высок⁴⁹. Результатом стала принятая Институтом в 2001 г. резолюция «Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and of Government in International Law» (далее — Резолюция Института)⁵⁰. Резолюция предусматривает иммунитет действующего главы государства и действующего главы правительства от уголовной юрисдикции перед судом иностранного государства, независимо от тяжести

⁴⁷ *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1889–1892, vol. 11, pp. 426–438. Текст проекта также доступен на сайте Института: <http://www.idi-iiil.org>. О рассмотрении этого сюжета Институтом см. также J. Verhoeven, «Les immunités de juridiction et d'exécution. Rapport provisoire» (décembre 2000), *Annuaire de l'Institut de Droit international*, vol. 69 (2000–2001), p. 487.

⁴⁸ «Статья 4

К судопроизводству против иностранного государства принимаются только следующие иски:

1. вещные иски, включая поссесорные иски, касающиеся недвижимого или движимого имущества, которое находится на территории, или наследства, открывшегося на территории;
2. иски, основанные на качестве иностранного государства как наследника или легатария какого-либо выходца с территории или как наследополучателя наследства, открывшегося на территории;
3. иски, которые связаны с коммерческим или промышленным предприятием или железной дорогой, эксплуатируемыми иностранным государством на территории;
4. иски, в отношении которых иностранное государство в явно выраженной форме признало компетенцию трибунала [...];
5. иски, вытекающие из контрактов, заключенных иностранным государством на территории, если полное исполнение на этой же территории может быть потребовано согласно ясно выраженной клаузуле или с учетом самого характера иска;
6. иски о возмещении убытков в результате деликта или квазиделикта, совершенного на территории.

Статья 5

Не принимаются к судопроизводству иски, возбужденные в связи с суверенными деяниями или вытекающие из контракта истца как должностного лица государства, а также иски, касающиеся долгов иностранного государства, возникших в результате публичной подписки.

Статья 6

Иски, возбужденные против суверенов или глав иностранных государств, подпадают под действие правил, содержащихся в статьях 4 и 5». (*Institut de droit international, Tableau général des résolutions (1873–1956), Bâle, 1957, p. 15–16*).

⁴⁹ В это же время, в частности, в Великобритании рассматривалось резонансное дело *Пиночета*.

⁵⁰ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (2000–2001), pp. 680–692. Докладчик — Дж. Верхувен.

совершенного правонарушения⁵¹. Бывшие глава государства и глава правительства, согласно резолюции, пользуются иммунитетом от иностранной уголовной юрисдикции только в отношении деяний, совершенных в осуществление официальных функций. Однако этот иммунитет ограничен, поскольку в любом случае такие лица могут подвергаться уголовному преследованию, если деяния, в которых они обвиняются, являются преступлениями по международному праву или когда они совершены исключительно для удовлетворения личных интересов или когда они являются противоправным присвоением государственного имущества⁵².

IV. Предварительные вопросы

A. Источники

1. Международные договоры

27. На основе проектов статей, подготовленных Комиссией, были приняты международные договоры — Венская конвенция о дипломатических сношениях 1961 г.⁵³; Венская конвенция о консульских сношениях 1963 г.⁵⁴; Конвенция о специальных миссиях 1969 г.;⁵⁵ Конвенция о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов 1973 г.⁵⁶; Венская конвенция о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера 1975 г.⁵⁷; Конвенция ООН о юрисдикционных иммунитетах госу-

⁵¹ «Статья 2

В уголовных делах глава государства пользуется иммунитетом от уголовной юрисдикции судов иностранного государства в связи с любым преступлением, которое он мог совершить, независимо от его тяжести.

Статья 15

Глава правительства иностранного государства пользуется [...] иммунитетом от юрисдикции [...], признанным, в настоящей резолюции, за главой государства». Ibid., pp. 687, 691.

⁵² «Статья 13

... Кроме того, он не пользуется иммунитетом от юрисдикции [...] в уголовном [...] разбирательстве, за исключением действий в порядке выполнения официальных функций и в связи с их выполнением. Тем не менее он может быть в любое время привлечен к судебной ответственности, если вменяемые ему деяния представляют собой преступление по международному праву или если они совершены исключительно для удовлетворения личных интересов или если они представляют собой противоправное присвоение государственных активов и ресурсов».

«Статья 16

Статьи 13 и 14 применимы по отношению к бывшим главам правительств». Ibid., pp. 691–692.

⁵³ United Nations, *Treaty Series*, vol. 500, p. 95.

⁵⁴ United Nations, *Treaty Series*, vol. 596, p. 261.

⁵⁵ United Nations, *Treaty Series*, vol. 1400, p. 231

⁵⁶ Приложена к резолюции 3166 (XVIII) Генеральной Ассамблеи от 14 декабря 1973 года. Вступила в силу 20 февраля 1977 года. United Nations, *Treaty Series*, vol. 1035, p. 167.

⁵⁷ Совершена в Вене 14 марта 1975 года. В силу пока не вступила. См. *Официальные отчеты Конференции Организации Объединенных Наций по вопросу о представительстве государств в их отношениях с международными организациями*, том II (Издание Организации Объединенных Наций, в продаже под No.R.75.V.12).

дарств и их собственности 2004 г.⁵⁸. Эти договоры содержат положения, касающиеся статуса должностных лиц государства и/или их иммунитета от иностранной юрисдикции, во многом, а иногда дословно воспроизводящие упомянутые выше положения подготовленных Комиссией проектов статей⁵⁹.

28. Сюжет об иммунитете представителей государств затрагивается и в других международных договорах. Например, соответствующие статьи есть в договорах, регулирующих вопросы привилегий и иммунитетов международных организаций на территории государств-членов или в государстве пребывания. Так, иммунитету представителей государств, в том числе от уголовной юрисдикции, посвящена статья IV Конвенции о привилегиях и иммунитетах ООН 1946 г.⁶⁰; статья V Конвенции о привилегиях и иммунитетах специализированных учреждений ООН 1947 г.⁶¹; часть IV Генерального соглашения о привилегиях и иммунитетах Совета Европы 1949 г.⁶² и т.п. Иммунитеты консульских должностных лиц, в том числе от уголовной юрисдикции, регулируются положениями двусторонних консульских конвенций⁶³.

29. Существует мнение, что вопрос об иммунитете должностных лиц государства затрагивается и некоторыми международными договорами, в которых нет упоминаний об иммунитете. Например, А. Борджи утверждает, что «несколько конвенций, касающихся борьбы с международными преступлениями, содержат положения, исключающие иммунитет глав государств»⁶⁴. Речь идет о договорах, направленных на борьбу с международными преступлениями, в частности, Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него 1948 г.⁶⁵ и Конвенции против пыток и другого жестокого, негуманного или унижающего человеческое достоинство обращения или наказания 1984 г.⁶⁶ Но есть и иная точка зрения. Например, Дж. Верхувен считает, что «не существует ... ни одного договора, который в данный момент определенно исключал бы иммунитет, обычно применимый в национальном судебном органе в случае преступлений по международному праву, и бенефициарами которого были бы

⁵⁸ Принята Генеральной Ассамблеей Организации Объединенных Наций 2 декабря 2004 года. Пока в силу не вступила. См. резолюция 59/38 Генеральной Ассамблеи, приложение, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят девятая сессия, Дополнение № 49 (A/59/49)*.

⁵⁹ На заключительном этапе работы над проектом Конвенции о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности 2004 г. было достигнуто окончательное понимание относительно того, что она не распространяется на уголовное разбирательство. Впоследствии это понимание было зафиксировано в пункте 2 резолюции Генеральной Ассамблеи 59/38 2004 г., которой была принята эта Конвенция.

⁶⁰ United Nations, *Treaty Series*, vol. 1, p. 15, at p. 20.

⁶¹ United Nations, *Treaty Series*, vol. 33, p. 261, at p.270.

⁶² CETS No.002; available at <http://conventions.coe.int>.

⁶³ См., например, раздел III («Привилегии и иммунитеты») Консульской конвенции между Российской Федерацией и Республикой Молдова от 14 июня 1994 г. Текст доступен на сайте http://www.businesspravo.ru/Docum/DocumShow_DocumID_45519.html.

⁶⁴ Borghi A., *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, Helbling & Lichtenhahn, 2003, p. 66.

⁶⁵ Резолюция 260 A (III) Генеральной Ассамблеи, приложение.

⁶⁶ United Nations, *Treaty Series*, vol. 1465, No.24841.

государство... или его различные органы»⁶⁷. При этом отмечается, что «существуют, разумеется, конвенции, в которых предпринята попытка обеспечить эффективное судебное преследование за эти преступления. Однако, как представляется, никому не удалось выявить намерение, косвенное, но определенное, тех, кто их подписывал, отказаться от иммунитета»⁶⁸.

2. Международное обычное право

30. Существующие международные договоры регулируют важные, но отдельные аспекты вопроса об иммунитете определенных категорий должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции: иммунитет от уголовной юрисдикции государства пребывания и, в определенных случаях, от уголовной юрисдикции государства транзита должностных лиц государства, осуществляющих дипломатические и консульские функции (дипломатических агентов и консульских должностных лиц); иммунитет от уголовной юрисдикции государства пребывания представителей государства при международных организациях; иммунитет от уголовной юрисдикции государства пребывания членов специальных миссий. Они являются свидетельством того, что круг лиц, пользующихся иммунитетом от иностранной уголовной юрисдикции, не ограничивается главами государств. В то же время эти договоры не регулируют вопросы иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции ни в целом, ни применительно ко многим конкретным ситуациям, ни в плане четкого определения круга должностных лиц, которые пользуются иммунитетом, и т.д. Универсального международного договора, в полном объеме регулирующего все эти и связанные с ними вопросы иммунитета действующих и бывших должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, не существует. Кроме того, не все регулирующие рассматриваемый сюжет международные договоры вступили в силу⁶⁹, а среди тех, которые вступили в силу, не все отличаются широким участием в них государств⁷⁰. Отметим, что некоторые положения этих договоров прямо указывают на то, содержащиеся в них нормы лишь дополняют существующее международное право в данной области.⁷¹ Тем самым они подтверждают существование здесь международного обычного права. Наряду с этим, даже кодифицируя отдельные аспекты обычного международного права в том, что касается иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, упомянутые международные договоры не прекращают существование соответствующих норм обычного международного права, которые продолжают регулировать рассматриваемый сюжет.

⁶⁷ Verhoeven J., *op.cit.*, p. 123. Он указывает: «Как отмечалось, необходимо констатировать, что эти конвенции (геноцид, пытки и т.д.) не содержат ни одного положения, в явно выраженной форме исключающего его [иммунитет], и что ничто не дает оснований полагать — ни подготовительные материалы, ни другие источники, — что в этом заключалось косвенное намерение государств, которые вели переговоры или стали сторонами». *Ibid.*, p. 125.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Например, не вступили в силу Венская конвенция о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера 1975 г. и Конвенция ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности 2004 г.

⁷⁰ Например, в Конвенции о специальных миссиях 1969 г. участвует 38 государств.

⁷¹ Например, статья 21 Конвенции о специальных миссиях 1969 г., статья 50 Конвенции о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера 1975 г.

31. Международный обычай является основным источником международного права в рассматриваемой области. Как отмечает Н. Фок, «в отсутствие какой-либо общей конвенции о статусе и иммунитетах главы государства источником норм является обычное международное право»⁷². Такого положения дел с иммунитетом от иностранной уголовной юрисдикции не только глав государств, но и других должностных лиц государства.

32. Определяя источник применимого права по вопросу об иммунитете министра иностранных дел Демократической Республики Конго от уголовной юрисдикции Бельгии, Международный Суд в решении по делу *Arrest Warrant* 2002 г. отметил относительно конвенций о дипломатических сношениях, консульских сношениях и о специальных миссиях, на которые, среди прочего, ссылались стороны: «Эти конвенции содержат полезные факторы в отношении некоторых аспектов иммунитетов. Однако в них отсутствует положение, конкретно определяющее иммунитеты, которыми пользуются министры иностранных дел. Поэтому Суд должен решать вопросы, касающиеся иммунитетов таких министров и затронутые в настоящем деле, исходя из обычного международного права»⁷³.

33. То, что источником иммунитета от иностранной юрисдикции является обычное международное право, отмечается и в решениях национальных судов⁷⁴. Например, в решении по т.н. делу *Кадаффи* Кассационный суд Франции в 2001 г. указал: «Международный обычай запрещает в отсутствие международных положений об обратном, имеющих обязательную силу для соответствующих сторон, привлекать действующих глав государств к ответственности в судебных органах иностранного государства»⁷⁵.

⁷² Fox H., *The law of State Immunity*, NY: Oxford University Press, 2002, p. 426. См. также Watts A., «The legal position in international law of Heads of States, Heads of Government and Foreign Ministers», *RdC*, vol. 247 (1994-III), p. 36; Borghi A., *op.cit.*, pp. 71–72; Simbeye Y., *Immunity and international criminal law*, Aldershot, England, Burlington, Vt.: Ashgate, 2004, p. 94; Summers M.A., «Diplomatic Immunity *Ratione Personae*. Did the International Court of Justice Create a New Customary Rule in *Congo v. Belgium*?», *Michigan State Journal of International Law*, vol. 6 (2007), p. 459, at p. 466; Altman H., «The Future of Head of State Immunity: the Case against Ariel Sharon», p. 4 (available at <http://www.indictsharon.net/heidaltman-apr02.pdf>).

⁷³ *Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment of 14 February 2002, *I.C.J. Reports*, 2002, p.21, para.52.

⁷⁴ Как отмечает А.Борджи, «... обычное право также упрочилось как источник иммунитета во многочисленных решениях судебных органов, в частности в Швейцарии, Франции, Соединенных Штатах и Германии», Borghi A., *op. cit.*, p. 71. См. также *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet* (далее — *Pinochet No. 1*), House of Lords, 25 November 1998, reproduced in *I.L.R.*, vol. 37, p. 1302, at p. 1309–1311; *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet* (далее — *Pinochet No. 3*), House of Lords, 24 March 1999, reproduced in *I.L.R.*, vol. 38, p. 581, at p. 621–622, 641, 644; *Wei Ye, Hao Wang, Does, A, B, C, D, E, F, and others similarly situated v. Jiang Zemin and Falun Gong Control Office*, US District Court, Northern District of Illinois (2003), p. 5; *Bouzari v. Iran*, 2004, CanLII 871 (ON C.A.), paras. 40, 85 (available at <http://www.canlii.org/en/on/onca/doc/2004/2004canlii871/2004canlii871.html>).

⁷⁵ Cour de Cassation, Chambre criminelle, 13 mars 2001, 00-87.215, publié au *Bulletin criminel*, 2001, N° 64, p. 218 (available at www.legifrance.com). Reprinted as *Gaddafi*, France, Court of Cassation, Criminal Chamber, 13 March 2001, *I.L.R.*, vol. 125, p. 508, at p. 509.

34. На обычай как на источник международного права в рассматриваемой области ссылаются и государства в лице своей исполнительной власти. Так, стороны в деле *Arrest Warrant* — Демократическая Республика Конго и Бельгия — в значительной степени обосновывали свои позиции по вопросу о наличии или отсутствии иммунитета от уголовной юрисдикции Бельгии у конголезского министра ссылками на обычное международное право⁷⁶. Правительство США в своих «предложениях об иммунитете» (“suggestions of immunity”), представляемых в американские суды, рассматривающие дела, связанные с иммунитетом должностных лиц иностранных государств, ссылается на обычное международное право как источник права об иммунитете⁷⁷. Генеральный прокурор Франции в «деле *Кадаффи*» в своем заключении отмечал, что «принцип иммунитета глав государств традиционно рассматривается как норма международного обычая, необходимая для поддержания дружественных отношений между государствами»⁷⁸.

3. Международная вежливость

35. Можно встретить утверждение о том, что иммунитет от иностранной юрисдикции предоставляется не в силу права, а в силу международной вежли-

⁷⁶ *Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Application Instituting Proceedings, 17 October 2000, p. 13, Part IV(B) (emphasis in the original): that : что «непризнание ... иммунитета действующего министра иностранных дел противоречит международному прецедентному праву..., обычному праву и международной вежливости...»; см. также DRC Memorial, at paras 6, 55, 97(1); Belgian Counter-Memorial, at paras 3.4.6, 3.5.144 etc. (available at www.icj-cij.org).

⁷⁷ Например, в 2001 году в своем «предложении об иммунитете» в деле *Tachiona v. Mugabe* Государственный департамент указывал: «Согласно обычным нормам международного права, признанным и применяемым в Соединенных Штатах, [...] президент Мугабе, как глава иностранного государства, пользуется иммунитетом от судебной юрисдикции в этом деле». *A.J.I.L.*, vol. 95, (October 2001), p. 874. В 2005 году по поводу иммунитета папы Бенедикта XVI Государственный департамент отмечал: «Доктрина иммунитета главы государства применяется в Соединенных Штатах как вопрос обычного международного права...». Crook R., “Contemporary practice of the United States relating to international law: State jurisdiction and immunities: US Brief suggests Pope’s immunity as a head of State”, *A.J.I.L.*, vol. 100, (January 2006), p. 219. См. также соответственно пункты 3 «предложений об иммунитете», размещенных на сайте Государственного департамента США (www.state.gov) по делам *Li Weixun v. Bo Xilai* (“further suggestion”, сс. 2–8); *Hartmann v. Sheikh Zayed Bin Sultan Al-Nayhan*; *Gladys M. Lafontant v. Jean-Bertrand Aristide*; *First American Corporation v. Sheikh Zayed Bin Sultan Al-Nayhan*; *Josephine Alicog and Spiyani Marian Fernando v. Kingdom of Saudi Arabia*, *His Royal Highness King Fahd Bin Abdulaziz Al-Saud*, *Majid Afifi*, *Salim Afifi*; *Guardian F. v. Archdiocese of San Antonio*.

⁷⁸ *Gaddafi*, Submissions of the Advocate General, *I.L.R.*, vol. 125, p. 498, at p. 500.

ности⁷⁹. С этим тезисом, однако, трудно согласиться. Иммунитет — это, прежде всего, вопрос права, вопрос юридических прав и обязательств государства. Закономерно, что споры об иммунитете должностных лиц государства рассматриваются судами как споры о нарушении юридических прав и обязательств. Лорд Hoffmann в деле *Jones v. Ministry of Interior Al-mamlaka Al-Arabiya AS Saudia (the Kingdom of Saudi Arabia)* 2006 года (в этом деле рассматривались вопросы иммунитета государства и его должностных лиц), отмечал: «Как заявил лорд Миллетт в *Holland v. Lampen-Wolfe* (2000), 1 WLR 1573, 1588, государственный иммунитет не является «добровольным ограничением юрисдикции своих судов, которое Соединенное Королевство решило установить» и которое оно может, реализуя на свое усмотрение, ослабить или отменить. Оно налагается международным правом без какой-либо дискриминации

⁷⁹ Этот тезис встречается как в судебных решениях, так и в доктрине. В известной мере он характерен и для судопроизводства в США. Так, еще в решении Верховного Суда США 1812 года по делу *The Schooner Exchange v. McFaddon* отмечалось: «... в порядке вежливости члены международного сообщества косвенно согласились отказываться от осуществлении юрисдикции в отношении других суверенов для некоторых классов исков, таких, как иски, касающиеся министров иностранных дел или лично суверена». *The Schooner Exchange v. McFaddon*, 11 U.S. 116, 137 (1812). В решении суда округа Колумбия от 11 марта 1998 года по делу *Flatow v. the Islamic Republic of Iran* отмечается: «Иностранный суверенный иммунитет, как по общему праву, так теперь и по Закону об иностранном суверенном иммунитете, всегда был вопросом любезности и вежливости, а не вопросом права по законодательству Соединенных Штатов». 999 F.Supp. 1, U.S.District Court, District of Columbia (available at <http://www.uniset.ca/islamicland/999FSupp1.html>). В деле *Wei Ye, Hao Wang, Does, A,B,C,D,E,F, and others similarly situated v. Ziang Zemin and Falun Gong Control Office*, Адвокат петиционеров заявил, что «иммунитет предоставляется главам государства в порядке вежливости в знак признания взаимной необходимости не позволять судам вмешиваться в нормальные отношения иностранных правительств путем установления барьеров и санкций в отношении посещающих с визитом глав государства» (at p.5).

Судья Van Den Wyngaert в своем особом мнении в решении по делу *Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000* также указывает: «Нет никаких оснований для предположения о том, что государство обязано предоставлять иммунитет от уголовного преследования действующему министру иностранных дел согласно обычному международному праву. Издав и распространив ордер, Бельгия, видимо, действовала вопреки международной вежливости. Однако оно не действовало в нарушение международного обязательства». *I.C.J. Reports*, 2002, p. 139, para.1; также доступно на www.icj-cij.org. Впрочем, подавляющее большинство судей, как известно, придерживались по этому вопросу противоположной позиции.

Как отмечается в *Oppenheim's International Law*, «специальное обращение с главами государств по-разному основывается, в частности, на принципах международной вежливости и любезности». Jennings R. and Watts A., *Oppenheim's International Law*, 9th ed., 1992, p. 1034. Л. Каплан пишет: «Два ведущих обоснования разъясняют юридический источник доктрины [иммунитет иностранного государства]. Одно заключается в том, что государственный иммунитет является основополагающим правом государства в силу принципа суверенного равенства. Согласно другому обоснованию, государственный иммунитет трансформировался из изъятия из принципа государственной юрисдикции, т.е. когда государство суда приостанавливает действие своего права осуществлять судебную юрисдикцию в качестве практического проявления вежливости для содействия развитию межгосударственных отношений». Caplan L.M. “State immunity, human rights, and *ius cogens*: a critique of the normative hierarchy theory”, *A.J.I.L.*, vol. 97, No. 4 (October 2003), p. 741, at p. 748. Следует заметить, что в ряде из приведенных мнений о вежливости говорится не как об источнике, а как об одном из рациональных обоснований (*rationales*) иммунитета.

по отношению к одному и другому государствам»⁸⁰. В решении по делу *Arrest Warrant* Международный Суд указал на нарушение Бельгией международно-правового обязательства в отношении ДРК, поскольку выдача ордера на арест г-на Yerodia Ndombasi и его международное распространение были неуважением иммунитета действующего министра иностранных дел ДРК от уголовной юрисдикции, которым он пользовался по международному праву⁸¹. В данном случае это было обязательство по обычному международному праву. Еще более очевиден международно-правовой характер иммунитета должностных лиц от иностранной уголовной юрисдикции в случае соответствующих договорных обязательств, о которых упоминалось выше.

36. Впрочем, во-первых, ничто не мешает государствам предоставлять должностным лицам других государств, и в первую очередь высокопоставленным должностным лицам, иммунитет от юрисдикции не только в силу международно-правовых обязательств, но и в силу международной вежливости⁸². Во-вторых, здесь возникает и другой вопрос. Как в доктрине, так и на практике иногда рассматривается сюжет об иммунитете членов семьи или ближайшего окружения высших должностных лиц от иностранной юрисдикции. Применительно к этой категории лиц значительно больше оснований говорить о том, что источником их иммунитета от иностранной юрисдикции является не международное право, а международная вежливость⁸³. Наконец, существует мнение, что когда старшие должностные лица государства находятся за рубежом не с официальным, а с частным визитом, то государство пребывания не имеет юридических обязательств предоставлять им иммунитет, но оно может в этом случае предоставить иммунитет на основе вежливости⁸⁴. (Этот вопрос будет рассмотрен в разделе, касающемся объема иммунитета.)

4. Роль международного и национального права

37. Вопрос об иммунитете должностных лиц иностранных государств регулируется законодательством некоторых государств. В основном это касается глав государств. В законах об иммунитете иностранного государства, принятых, в частности, в Великобритании, Сингапуре, Пакистане, ЮАР, Канаде, Австралии, действующий в официальном качестве глава иностранного государства включается, как это имеет место и в Конвенции о юрисдикционных иммуни-

⁸⁰ *Jones v. Ministry of Interior Al-mamlaka Al-Arabiya AS Saudia (the Kingdom of Saudi Arabia)*, House of Lords, Appellate Committee, 14 June 2006 (далее — Jones No. 2), [2006] UKHL 26, para. 101 (available at <http://www.parliament.uk/>).

⁸¹ *I.C.J. Reports*, 2002, p. 33.

⁸² «Конвенционное или обычное правовое обязательство [предоставления иммунитета] не исключает возможность того, что национальные органы предоставляют главе иностранного государства режим, более благоприятный, чем режим, устанавливаемый международным правом ...». Verhoeven J., «Les immunités de juridiction et d'exécution. Rapport provisoire (2000)», *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 69 (2000–2001), p. 509.

⁸³ См. ниже, пункт 128.

⁸⁴ Согласно А. Кассесе, «когда они [старшие государственные должностные лица] приезжают с частным визитом и не путешествуют инкогнито, принимающее государство обязано предоставлять им особую защиту; оно может также предоставлять им привилегии и иммунитеты из любезности, т.е. вежливости и доброй воли; однако оно не обязано делать это». Cassese A., *International law*, Oxford, 2001, p. 96.

тетах государств и их собственности 2004 года⁸⁵, в понятие государства⁸⁶. При этом по законодательству Великобритании глава иностранного государства в тех случаях, когда он действует не в официальном качестве, пользуется иммунитетом, которым пользуется глава дипломатической миссии⁸⁷. В соответствии с п. 1 ст. 36 Foreign States Immunities Act of Australia «[с] учетом последующих положений настоящего раздела Закон о дипломатических привилегиях и иммунитетах 1967 года с необходимыми изменениями распространяется на лицо, которое в настоящий момент является — а) главой иностранного государства; или б) супругом главы иностранного государства»⁸⁸.

38. В законодательстве Российской Федерации содержится положение об иммунитете всех должностных лиц иностранных государств. В соответствии с п. 2 ст. 3 российского Уголовно-процессуального кодекса уголовно-процессуальные действия в отношении иностранного должностного лица, пользующегося иммунитетом от таких действий в соответствии с общепризнанными нормами международного права или международными договорами Российской Федерации, производятся с согласия иностранного государства, на службе которого находится или находилось такое лицо. При этом информация о том, пользуется ли соответствующее лицо иммунитетом от таких уголовно-процессуальных действий и каков объем такого иммунитета, предоставляется соответствующему российскому суду или правоохранительному органу МИД России⁸⁹. В данном случае характерно то, что из национального закона следует, что в вопросе об иммунитете иностранных должностных лиц от российской уголовной юрисдикции основным источником является международное право.

39. В связи с появлением в правовых системах некоторых государств института универсальной юрисдикции в их законодательстве стали появляться положения, которые могут интерпретироваться как отрицающие иммунитет иностранных должностных лиц, в отношении которых данным государством осуществляется универсальная уголовная юрисдикция. Так, в законе Бельгии 1993 года, касающемся уголовного преследования за серьезные нарушения Женевских конвенций о защите жертв войны 1949 года, в 1999 году появилось положение, препятствующее использованию иммунитета для защиты от уголовного преследования: «Иммунитет, предоставляемый какому-либо лицу в связи с официальным статусом, не препятствует применению настоящего зако-

⁸⁵ Резолюция 59/38 Генеральной Ассамблеи, приложение.

⁸⁶ См., например, ст. 14 State Immunity Act 1978 года Великобритании; ст. 16 State Immunity Act 1979 года Сингапура; ст. 15 State Immunity Ordinance Пакистана 1981 года; ст. 1 Foreign Sovereign Immunity Act 1981 года ЮАР; ст. 2 State Immunity Act Канады 1982 года; ст. 3 Foreign States Immunities Act 1985 года. Австралии. Соответствующие положения этих актов приводятся в Bankas E.K., *The State Immunity Controversy in International Law. Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts*, Springer Berlin-Heidelberg, 2005, pp. 431–459, и в Dickinson A., Lindsay R. and Loonam J., *State Immunity. Selected Materials and Commentary*, NY: Oxford University Press, 2004, pp. 469–523.

⁸⁷ Статья 20 of State Immunity Act Великобритании содержит отсылку к *Diplomatic Privileges Act 1964* года. Bankas E.K., op.cit. p. 440.

⁸⁸ Dickinson A., Lindsay R. and Loonam J., op.cit., at p. 483.

⁸⁹ См. Федеральный закон «О внесении изменения в статью 3 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» от 4 марта 2008 года, № 26-ФЗ. Доступен на <http://document.kremlin.ru>.

на»⁹⁰. Это положение позволило начать уголовное преследование министра иностранных дел ДРК. Однако после принятия Международным Судом решения по делу *Arrest Warrant* упомянутый закон был в 2003 году изменен⁹¹ «путем отмены иммунитетов только в той степени, в какой это допускается международным правом»⁹². Таким образом, объем иммунитета иностранных должностных лиц от уголовной юрисдикции по военным преступлениям в соответствии с бельгийским законом стал определяться, по сути, на основе международного права.

40. То, какую роль играют соответственно международное и национальное право при рассмотрении национальными судами и другими национальными правоохранительными органами вопроса об иммунитете должностных лиц иностранного государства, зависит, прежде всего, от того, какое место международному праву отводится в правовой системе данного государства, каковы в нем правовая культура и традиции права и правоприменения. Известно как широкое применение национальными судами международного права, естественно, наряду с национальным, при рассмотрении вопросов иммунитета иностранных должностных лиц, так и практически полное отсутствие ссылок национальных судов на международное право при рассмотрении такого рода дел.

41. Вопрос об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, так же, как и вопрос о юрисдикционном иммунитете государства, является вопросом межгосударственных отношений. Поэтому основным, первичным источником права в этом вопросе является международное право. Соответственно, в идеале международное право в этой области должно либо определять содержание применимого национальными судами и другими правоохранительными органами национального права, либо применяться ими

⁹⁰ С Законом от 16 июня 1993 года с поправками, внесенными в него Законом от 10 февраля 1999 года о борьбе с серьезными нарушениями международного гуманитарного права, можно ознакомиться по адресу: <http://www.ulb.ac.be/droit/cdi/Site/Accueil/Accueil.html>.

⁹¹ С Законом от 5 августа 2003 года о борьбе с серьезными нарушениями международного гуманитарного права можно ознакомиться по адресу: <http://www.juridat.be/>: «Статья 13

В главу первую проекта Уголовно-процессуального кодекса включена статья 1 bis, которая гласит следующее:

Статья 1 bis. § 1. В соответствии с международным правом судебному преследованию не подлежат:

- главы государств, главы правительств и министры иностранных дел в период выполнения ими своих функций и другие лица, иммунитет которых признается международным правом;
- лица, которые обладают иммунитетом, полностью или частично, на основании договора, которым связана Бельгия.

§ 2. В соответствии с международным правом, никакие принудительные действия, касающиеся выполнения публичных функций, не могут предприниматься во время визита лиц, которые были официально приглашены на территорию Королевства Бельгия бельгийскими властями или международной организацией, находящейся в Бельгии и с которой Бельгия подписала соглашение о штаб-квартире».

⁹² Smis S. and Van der Borgh S.S., “Belgian Law concerning The Punishment of Grave Breaches of International Humanitarian Law: A Contested Law with Uncontested Objectives”, *A.S.I.L. Insights*, July 2003, available at: <http://www.asil.org/insights/insigh112.htm>.

непосредственно при рассмотрении вопросов иммунитета⁹³. В идеале национальное право должно играть в этой сфере вспомогательную роль, способствуя имплементации положений международного права, регулирующих вопрос об иммунитете⁹⁴. Учитывая, что национальные суды часто испытывают трудности при определении содержания подлежащих применению обычных норм международного права, кодификация международного права в рассматриваемой области была бы весьма полезной.

5. Материалы, которые предстоит использовать

42. В ходе исследования рассматриваемой темы и возможного формулирования проектов соответствующих нормативных положений представляется целесообразным использовать следующие материалы: практику государств, включая национальное законодательство, национальные судебные решения, прежде всего принятые в конце прошлого — начале нынешнего века, как отражающие современное понимание рассматриваемой темы; представления исполнительной власти в национальные и международные судебные органы, выступления представителей государств по рассматриваемой проблематике; международные договоры, связанные с рассматриваемой темой; решения и другие документы Международного Суда, прежде всего по делу *Arrest Warrant* и рассматриваемым в настоящее время делам *Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo v. France)* и *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*; релевантные решения международных уголовных трибуналов; материалы Комиссии, как упомянутые выше, так и по другим относящимся к рассматриваемой теме вопросам; материалы рассмотрения в 1997–2001 годах вопроса об иммунитете глав государств и глав правительств Институтом; научные исследования в данной области; другие относящиеся к теме материалы⁹⁵.

⁹³ Отметим в этой связи, например, ситуацию во Франции, обрисованную агентом Французской Республики Р. Абраамом в ходе слушаний в Международном Суде по делу *Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo v. France)*: «В соответствии с международным правом, в законодательстве Франции закреплён принцип иммунитета глав иностранных государств. [...] Отсутствуют какие-либо нормы писаного права, вытекающие из каких-либо законов, касающихся иммунитетов государств и их представителей. В этом заключается практика французских судов, которые, ссылаясь на обычное международное право и применяя его непосредственно, четко и активно утвердили принцип этих иммунитетов». Документ CR 2003/21 (translation), Monday 28 April 2003 at 4 p.m., para. 32.

⁹⁴ Как отмечает Дж. Верхувен, «Как представляется, нет сомнений в том, что иммунитет затрагивает в первую очередь вопрос международного права и что, следовательно, именно оно должно решать проблемы, которые он ставит. А вопрос национального права заключается в определении того, как эта норма реально соблюдается в рамках каждой внутригосударственной правовой системы, при том понимании, что ее нефункциональность повлечет за собой, как и в других случаях, в конечном счете международную ответственность государства». Verhoeven J. «Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets de droit international», dans: Verhoeven J. (ed.), *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?*, Larcier, Bruxelles, 2004, at p. 82.

⁹⁵ Например, представляет интерес работа Интерпола с обращениями государств по распространению международных ордеров на арест иностранных должностных лиц.

В. Иммунитет и юрисдикция

1. Юрисдикция

43. Само название рассматриваемой темы предполагает взаимосвязь и различие понятий «иммунитет» и «юрисдикция». Как отмечают в совместном отдельном мнении в деле *Arrest Warrant* судьи Хиггинс, Койманс и Бургенталь, «„иммунитет“ — это общепринятое сокращение для фразы „иммунитет от юрисдикции“»⁹⁶. Юрисдикция предшествует иммунитету. Если отсутствует юрисдикция, то нет оснований для постановки и рассмотрения вопроса об иммунитете от нее⁹⁷. В решении по делу *Arrest Warrant* Международный Суд указал, что «об иммунитетах применительно к осуществлению юрисдикции в том или ином вопросе можно говорить только тогда, когда государство обладает по международному праву такой юрисдикцией»⁹⁸.

44. В настоящей теме речь идет о национальной, а не международной юрисдикции, т.е. о юрисдикции государства, а не о юрисдикции международных органов. Согласно М. Шоу, «юрисдикция означает правомочие государства влиять на имущество людей и человеческие обстоятельства и отражает базовые принципы государственного суверенитета, равенства государств и невмешательства во внутренние дела»⁹⁹. Часто о юрисдикции говорят как о власти или компетенции государства¹⁰⁰. Юрисдикция является проявлением суверенитета

⁹⁶ *I.C.J. Reports*, 2002, p. 64, para. 3.

⁹⁷ Как отмечает Дж. Бромер, «вопрос о юрисдикции логически предшествует вопросу о суверенном иммунитете, поскольку, если нет юрисдикции, вопрос об иммунитете возникнуть не может». Brohmer J., *State immunity and the violations of human rights*, Kluwer Law International, The Hague, 1997, p. 34. «Прежде чем анализировать, является ли ссылка на иммунитет правомочным аргументом или нет, необходимо установить ... юрисдикцию. Юрисдикция должна быть установлена в первую очередь, поскольку под иммунитетом по определению сокращенно понимается иммунитет от юрисдикции». Toner P.J., "Competing Concepts of Immunity: Revolution of the Head of State Immunity Defense", *Penn State Law Review*, vol. 108 (2004), p. 903.

⁹⁸ *I.C.J. Reports*, 2002, p. 19, para. 46. Эта же мысль выражена тогдашним председателем Суда Ж.Гийомом: «... юрисдикция суда — это вопрос, который суд должен решить прежде, чем рассматривать иммунитет подсудимых. Иными словами, иммунитет от юрисдикции может существовать только там, где есть юрисдикция». Ibid., p.35, para. 1. Ее разделяют в своем совместном особом мнении и судьи Хиггинс, Койманс и Бургенталь: «Если юрисдикции нет в принципе, то и вопрос о существовавшем бы иначе иммунитете от юрисдикции попросту не возникает». Ibid., p. 64, para. 3.

⁹⁹ Shaw M., *International Law*, fifth ed., Cambridge University Press, 2003, p. 572.

¹⁰⁰ «„Юрисдикция“ — термин, имеющий отношение к понятию власти и употребляемый в ряде таких выражений, как «компетенция», а также в другом ряде смежных выражений, например „подсудность“». J. Salmon (sous la direction de), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 624. Согласно В. Лоуи, «„юрисдикция“ — это термин, который описывает пределы управомоченности государства или иной регламентирующей власти (например, Европейского сообщества) на то, чтобы вводить нормы поведения, применять их и принуждать лиц к их исполнению». Lowe V., "Jurisdiction", in Evans M.D. (ed.), *International Law*, Oxford University Press, 2006, 2nd ed., p. 335. Оксман считает, что «под юрисдикцией государства в самом широком ее смысле понимается законное право этого государства действовать, а значит, и его право решать, действовать ли, а если действовать, то как. Хотя юристы часто употребляют термин «юрисдикция» более узко, понимая под ним законное право вводить правила и принуждать к их исполнению, полезно не упускать из виду и более широкое его значение». Oxman H.B., "Jurisdiction of States", *Encyclopedia of Public International Law*, v.1., Elsevier Sciences Publishers, Amsterdam, 1992, p. 55.

государства¹⁰¹, его властных прерогатив, прежде всего на территории, в отношении которой это государство обладает суверенитетом. И.И. Лукашук отмечал, что юрисдикция «означает власть государства предписывать поведение и обеспечивать реализацию своих предписаний всеми имеющимися в его распоряжении законными средствами»¹⁰². Следуя Я. Броунли, «по крайней мере в качестве презумпции... юрисдикция имеет территориальный характер»¹⁰³. В то же время юрисдикция может осуществляться и по другим основаниям, например, на основании гражданства¹⁰⁴, и быть экстерриториальной.

45. Юрисдикция реализуется посредством действий органов государства — законодательных, исполнительных и судебных. Обычно выделяют законодательную, исполнительную и судебную юрисдикцию¹⁰⁵. Законодательная или предписательная (правоустановительная) юрисдикция состоит в издании органами государства законов и других правовых предписаний. Исполнительная юрисдикция состоит в действиях государства, его исполнительных органов, должностных лиц во исполнение и для обеспечения исполнения его законов и других правовых предписаний. Судебная юрисдикция состоит в деятельности его судебных органов, прежде всего по рассмотрению дел. Исполнительная и судебная юрисдикции имеют общие черты: и та, и другая состоят в применении и обеспечении соблюдения закона. Это дает основание некоторым авторам указывать на существование только двух видов юрисдикции — законодательной (предписательной) и исполнительной¹⁰⁶.

46. Во втором докладе по теме «Юрисдикционные иммунитеты государств и их собственности» специальный докладчик предложил следующее определение юрисдикции: «термин «юрисдикция» означает компетенцию или правомочия государства территории возбуждать судебное разбирательство, разрешать споры или выносить решения в отношении гражданских судебных споров, а также правомочия отправлять правосудие во всех его аспектах» (проект пункта 1(g) статьи 2). Это определение дополнялось проектом интерпретирующих положений, раскрывающих элементы понятия «юрисдикция»:

«Статья 3. Положения, касающиеся толкования терминов

1. В контексте настоящих статей, если не предусмотрено иное...

b) выражение «юрисдикция», определенное в пункте 1(g) статьи 2 выше, означает:

i) правомочия выносить решения по спорным делам;

¹⁰¹ Bowett D.W. "Jurisdiction: Changing Patterns of Authority over Activities and Resources". *B.Y.B.I.L.*, vol. 53 (1982), 1. «Юрисдикция государства (или национальная юрисдикции) — проявление суверенитета государства». Черниченко С.В., Теория международного права, т. 2, М., Изд-во «НИМП», 1999, стр. 126.

¹⁰² Лукашук И.И. *Международное право. Общая часть*. Изд. 3-е. М: Волтерс Клувер, 2007, стр. 330–331.

¹⁰³ Brownlie Y., *International Law*, sixth ed., Oxford University Press, 2003, p. 297. Как отмечает И.И. Лукашук, основным принципом юрисдикции является территориальный. В то же время по сфере действия юрисдикция может быть как территориальной, так и экстерриториальной. И.И. Лукашук, там же.

¹⁰⁴ Shaw M., *op. cit.*, p. 572.

¹⁰⁵ Shaw M., *op. cit.*, p. 576–578; И.И. Лукашук, там же.

¹⁰⁶ См., например, Черниченко С.В., Указ. соч., стр. 112–117.

- ii) правомочия решать вопросы права и существа;
- iii) правомочия отправлять правосудие и принимать соответствующие меры на всех стадиях разбирательства; и
- iv) такие иные административные и исполнительные правомочия, которые обычно осуществляются судебными или административными и полицейскими властями государства территории»¹⁰⁷.

47. Из этого определения и интерпретирующих положений следует, во-первых, что для целей проектов статей о юрисдикционных иммунитетах государств специальный докладчик считал целесообразным рассматривать юрисдикцию только в ее исполнительном и судебном аспекте. Законодательная (предписательная) юрисдикция этим определением не охватывалась. Во-вторых, понятием юрисдикции для целей статей охватывался весь спектр процессуальных действий¹⁰⁸.

2. Уголовная юрисдикция

48. В зависимости от существа издаваемых органами власти законов (предписаний), осуществляемых ими действий, вопросов или дел, регулируемых предписаниями или рассматриваемых органами власти, юрисдикция может быть поделена на гражданскую, административную и уголовную. Уголовная юрисдикция состоит в принятии законов и других предписаний, направленных на криминализацию деяний лиц, установление и реализацию ответственности лиц за эти деяния, и самой деятельности органов государства по реализации этих законов и предписаний¹⁰⁹. Важно отметить, что деятельность по применению и по обеспечению применения закона в уголовно-правовой сфере, т.е. исполнительная или исполнительная и судебная уголовная юрисдикция государства, может осуществляться как судебными, так и некоторыми исполнительными органами, а также органами, которые не входят в систему исполнительной или судебной власти. Вовлеченность в осуществление уголовной юрисдикции различных органов государства, наряду с судебными органами, зависит от правовой системы государства¹¹⁰. Нормы национального права, криминализующие определенные деяния лиц и устанавливающие ответственность за такие деяния, являются нормами материального уголовного права.

¹⁰⁷ *Ежегодник ... 1980*, т. II (часть первая), стр. 236, 242.

¹⁰⁸ Как указывал, объясняя проект определения, сам специальный докладчик, концепция юрисдикции для целей проекта статей «охватывает весь судебный процесс: от начала или установления судопроизводства, вручения повесток в суд, расследования, допроса, суда, постановлений, которые могут представлять собой временные или промежуточные меры, до принятия решений о вынесении различных видов приговоров и исполнения таким образом вынесенных приговоров или их приостановки и последующего освобождения от исполнения». Там же, стр. 235.

¹⁰⁹ «Под государственной уголовной юрисдикцией в широком смысле может пониматься как сфера действия применимой материальной нормы уголовного законодательства, предусматривающей преступность деяния и ответственность за него, так и устанавливаемая карательная юрисдикционная структура, отвечающая за применение уголовно-правовых текстов». Fournier A., «Compétence pénale», *Encyclopédie Dalloz. Répertoire de droit international*, 1998, p. 1.

¹¹⁰ Например, в Российской Федерации функции по обеспечению применения закона наряду с судами и органами внутренних дел частично осуществляются органами Прокуратуры, которые не входят в систему органов исполнительной власти.

Нормы, определяющие порядок, процедуры реализации материальных норм уголовного права, являются нормами процессуального уголовного права. В целом, регулируемая нормами уголовного процессуального права деятельность органов государства по применению или обеспечению применения норм материального уголовного права является уголовно-процессуальными действиями и охватывается понятием уголовного процесса.

49. Как уже отмечалось, юрисдикция в основном территориальна. Но она может носить и экстерриториальный характер. Для уголовной юрисдикции это особенно характерно. Государство распространяет уголовную юрисдикцию за пределы собственной территории в ряде случаев: а) в отношении деяний, которые являются преступными по его закону, совершенных за рубежом его гражданином; б) в отношении совершенных за рубежом деяний, которые являются преступными по его закону и причиняют ущерб его гражданину; в) в отношении совершенных за рубежом деяний, которые являются преступными по его закону и причиняют ущерб ему самому; г) в отношении совершенных за рубежом деяний, которые являются преступлениями по международному праву. В случае а) экстерриториальную уголовную юрисдикцию называют «активной личной»; в случае б) — «пассивной личной» (иногда эти два вида объединяют в один вид уголовной экстерриториальной юрисдикции — «личную»); в случае в) — «охранительной» и в случае г) — «универсальной»¹¹¹.

50. Вопрос об иммунитете должностного лица может возникнуть при осуществлении иностранным государством как территориальной уголовной юрисдикции, так и пассивной личной, охранительной и универсальной экстерриториальной уголовной юрисдикции. Вопрос об иммунитете может возникнуть и в том случае, когда несколько государств пытаются осуществлять уголовную юрисдикцию в отношении одного лица.

3. Уголовная юрисдикция и гражданская юрисдикция

51. В отличие от гражданской исполнительной юрисдикции и от гражданского процесса, уголовная исполнительная юрисдикция и уголовный процесс могут начинаться задолго до собственно судебной стадии. Уголовное преследование имеет существенную досудебную часть. Значительное число уголовно-процессуальных действий совершается после того, как в правоохранительные органы поступает информация о преступлении (предполагаемом преступлении), до направления дела в суд. Действия полицейских и других правоохранительных органов по предварительному расследованию — например, составление протоколов осмотра места преступления, сбор вещественных доказательств, опрос свидетелей, возбуждение уголовного дела и т.п. — не требуют или, по крайней мере во многих странах, могут не требовать судебных постановлений. Такие действия могут затрагивать иностранное должностное лицо. Соответственно, уже на этом, досудебном этапе осуществления уголовной юрисдикции может возникать вопрос об иммунитете от нее. Это важно для определения пределов охвата рассматриваемой темы и объема иммунитета.

¹¹¹ См. сноски 22–26 на стр. 18–20 подготовленного Секретариатом Меморандума «Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction», A/CN.4/596.

52. Гражданская юрисдикция может осуществляться как в отношении лиц, так и в отношении государства. В то же время с точки зрения, например, Конвенции о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности 2004 года предъявление гражданского иска к представителю государства, действующему в этом качестве, это предъявление иска к государству¹¹². Соответственно, рассмотрение такого иска судом — это осуществление гражданской юрисдикции против государства.

53. Уголовная юрисдикция осуществляется только в отношении лиц, она не осуществляется в отношении государства. Государство, в отличие от индивида, не несет уголовной ответственности. Как отметил лорд Bingham of Cornhill в решении 2006 года по делу *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabia AS Saudia (the Kingdom of Saudi Arabia)*, указывая на различие между уголовной и гражданской юрисдикцией, «по международному или английскому праву государство не несет уголовной ответственности, а значит, не может прямо стать объектом уголовного преследования»¹¹³. В этом мнении важно среди прочего слово «прямо». Очевидно, что хоть и не прямо, но осуществление уголовной юрисдикции против должностного лица государства затрагивает государство, на службе которого находится это лицо. Особенно это проявляется, когда речь идет об уголовном преследовании высокопоставленных должностных лиц государства, в частности, главы государства или правительства, министра иностранных дел, других членов правительства, представляющих государство в международных отношениях и/или выполняющих важнейшие для государства функции, связанные с обеспечением его суверенитета и безопасности. Это также проявляется в ситуации, когда уголовное преследование должностного лица государства любого уровня осуществляется в связи с его действиями в официальном качестве. Как отмечается в решении 2004 года по делу *Ronald Grant Jones and others v. The Ministry of the Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya as Saudia (The Kingdom of Saudi Arabia) & Anor*, «можно говорить о том, что возбуждение уголовного дела против предполагаемого истязателя косвенно обращается на иностранное государство. Трудно усмотреть причину, по которой возбуждение гражданского дела против индивида, предположительно являющегося истязателем, должно расцениваться как сопряженное с большим вмешательством во внутренние дела иностранного государства или как принимающее по отношению к ним более нежелательную форму судебного разбора»¹¹⁴. Кроме того, при проведении уголовного расследования в отношении должностных лиц иностранного государства высока вероятность того, что осуществляющее расследование государство получает доступ к информации,

¹¹² Это вытекает из определения термина «государство» для целей Конвенции, в соответствии с которым, согласно пункту 1(b)(iv) статьи 2 Конвенции, «государство» означает, в том числе, «представителей государства, действующих в этом качестве», а также из пункта 2(b) статьи 6 Конвенции, согласно которому «разбирательство в суде государства рассматривается как возбужденное против другого государства, если это другое государство... не указано в качестве стороны в разбирательстве, однако это разбирательство фактически преследует цель затронуть собственность, права, интересы или деятельность такого другого государства».

¹¹³ *Jones No. 2*, para. 31.

¹¹⁴ *Jones v. Ministry of Interior Al-mamlaka Al-Arabiya AS Saudia (the Kingdom of Saudi Arabia)*, Court of Appeal, 28th October 2004 (далее — *Jones No. 1*), [2004] EWCA Civ 1394, para. 75.

относящейся к суверенитету и безопасности государства, на службе которого находится это должностное лицо. В этих ситуациях, хотя юридически речь идет об осуществлении уголовного преследования физических лиц, по сути, мы имеем дело с осуществлением суверенных прерогатив одного государства в отношении другого. При этом затрагиваются суверенные интересы этого другого государства. Причем при осуществлении уголовной юрисдикции, включающей часто весьма интрузивные действия по расследованию, эти суверенные интересы могут затрагиваться в значительно большей степени, нежели при осуществлении гражданской юрисдикции. Как отмечается в решении Федерального суда Швейцарии по т.н. делу *Адамова*, «в соответствии с принципами общего международного права недопустимо, чтобы внутригосударственная уголовная юрисдикция вторгалась в сферу интересов другого государства»¹¹⁵.

54. Наконец, следует отметить ситуации, когда уголовная и гражданская юрисдикция не так просто различимы. Например, в некоторых правовых системах возможно предъявление гражданского иска в рамках уголовного процесса¹¹⁶.

55. В целом, как представляется, несмотря на то, что с первого взгляда различие между осуществлением уголовной и гражданской юрисдикции в отношении должностных лиц иностранного государства очевидно, между ними существует и достаточно общего, чтобы при рассмотрении настоящей темы учитывалась существующая практика в отношении иммунитета должностных лиц государства и самого государства от иностранной гражданской юрисдикции.

4. Иммунитет

56. Государство вправе осуществлять юрисдикцию, в том числе уголовную, в отношении всех лиц на своей территории за исключением случаев, когда лицо, о котором идет речь, пользуется иммунитетом¹¹⁷. Определения понятия «иммунитет», по крайней мере в универсальных международных договорах, нет. И это несмотря на то, что в них этот термин встречается нередко. Обычно под «иммунитетом» понимают изъятие, исключение образования, лица, имущества, которые им пользуются, из юрисдикции государства; препятствие для осуществления юрисдикции; ограничитель юрисдикции; защиту, используемую для того, чтобы воспрепятствовать осуществлению юрисдикции в отношении образования, лица или имущества; наконец, право на то, чтобы юрисдикция

¹¹⁵ *Evgeny Adamov v. Federal Office of Justice*, Federal Tribunal, Switzerland, Judgment of 22 December 2005, ATF 132 II 81, пункт 3.4.3.

¹¹⁶ Так, согласно пункту 2 статьи 44 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, «гражданский иск может быть предъявлен после возбуждения уголовного дела и до окончания судебного следствия при разбирательстве данного уголовного дела в суде первой инстанции».

¹¹⁷ Напомним о проекте статьи 2 подготовленного Комиссией проекта Декларации о правах и обязанностях государств. См. выше, пункт 7.

в отношении образования, лица, имущества не осуществлялась, т.е. право на неподверженность юрисдикции¹¹⁸.

57. Во втором докладе по теме «Юрисдикционные иммунитеты государств и их собственности» в проекте пункта 1 статьи 2 специальный докладчик С. Сучариткул предложил следующие определения терминов «иммунитет» и «юрисдикционный иммунитет» для целей проектов статей: «а) термин «иммунитет» означает привилегию освобождения, приостановления или неподсудности в отношении осуществления юрисдикции компетентными властями государства территории; б) термин «юрисдикционные иммунитеты» означает иммунитеты от юрисдикции судебных или административных властей государства территории»¹¹⁹. Как отмечал специальный докладчик представляя в докладе эти проекты, ««иммунитет» — это правовая концепция, которая реализуется в рамках правовых отношений... «иммунитет», на который имеет право лицо, сторона или государство, предполагает «отсутствие полномочий» у соответствующих властей... выражение «иммунитет» означает отказ от осуществления полномочий или исключение из юрисдикции национальных властей государства территории»¹²⁰.

58. В приведенном определении «иммунитета» и комментарии С. Сучариткула бросается в глаза то, что, хотя он и квалифицирует иммунитет как правоот-

¹¹⁸ Например, К. Стефко понимал под иммунитетом «выведение из-под юрисдикции местных властей». Stefko K., *Diplomatic Exemption from civil jurisdiction*, Lwow, 1938, at p. 30 (in Polish), cited in: Przetacznik F., *Protection of Officials of Foreign States according to International Law*, Hague-Boston-London, 1983, p. 10. В *Словаре международного публичного права*, изданном под редакцией Ж. Сальмона, дается следующее определение иммунитета: «Изыятие, благодаря которому пользующиеся им субъекты, а также предметы оборудования или собственности (государства, главы государств, дипломатические агенты, консульские сотрудники, международные организации и их представители, иностранные воинские формирования, принадлежащие государству водные и воздушные суда, а раньше также иностранцы в капитулировавших странах) освобождаются от процедур или обязанностей, вытекающих из общего права». Иммунитет от юрисдикции, как указывается в этом *Словаре*, — это «изыятие, которое позволяет определенным образованиям и лицам (государства, главы государств, дипломатические агенты, консульские сотрудники, международные организации и их представители, иностранные воинские формирования и т.п.) избегать действия юрисдикции государства пребывания или третьего государства». Salmon J., *op.cit.*, pp. 558, 559. Как отмечает С. Kessedjian, концепция иммунитета от юрисдикции состоит в том, чтобы «предотвратить преследование государства или международной организации по линии юрисдикции другого государства». Kessedjian C., “Immunité”, *Encyclopédie Dalloz. Répertoire de droit international*, 1998, p. 5. В *Энциклопедии международного права* указывается: «В контексте международного публичного права под правовым регулированием иммунитета государств понимаются юридические принципы и нормы, на основании которых иностранное государство может претендовать на неподверженность юрисдикции другого государства, приостановление такой юрисдикции или неподсудность по ней». Steinberger H., “State Immunity”, in *Encyclopedia of public international law*, vol. 4, Amsterdam, 2000, p. 615. Ст. Уирт считает, что «иммунитет государства — это право не подвергаться осуществлению иностранной юрисдикции». Wirth St. “Immunity for core crimes? The I.C.J.’s Judgment in the Congo v. Belgium Case”, *E.J.I.L.*, vol. 13, No. 4 (2002), p. 882. По мнению И.О. Хлестовой, «иммунитет государства предполагает неподчинение его юрисдикции другого государства». Хлестова И.О. Проблемы юрисдикционного иммунитета иностранного государства (законодательство и практика), Москва, 2002, стр. 9.

¹¹⁹ *Ежегодник...* 1980, т. II (часть первая), (док. A/CN.4/331 и Add.1, п. 33).

¹²⁰ Там же, сс. 232–233, п. 17.

ношение, праву бенефициария иммунитета в этом правоотношении не корреспондирует обязательство иностранного государства (корреспондирующей праву является только неподверженность юрисдикции). Между тем в правоотношении праву одного лица корреспондирует обязательство другого или других. Иммунитет в этом смысле не является исключением. Если рассматривать иммунитет от юрисдикции как норму права (и соответствующее этой норме правоотношение), предусматривающую право и корреспондирующее этому праву обязательство, а, как представляется, это именно так, то, с одной стороны, это право на то, чтобы имеющаяся у государства юрисдикция не осуществлялась в отношении того, кто пользуется иммунитетом, а с другой стороны, обязательство государства, обладающего юрисдикцией, не осуществлять ее в отношении того, кто пользуется иммунитетом¹²¹.

59. Есть и иной взгляд на иммунитет. Иммунитет рассматривается как «умаление» (“derogation from”) юрисдикции государства пребывания иностранного должностного лица. В таком понимании иммунитета на первый план выдвигается не право бенефициария иммунитета и соответствующее ему обязательство обладающего юрисдикцией государства, а согласие или добрая воля государства, которое обладает территориальной юрисдикцией, из уважения к другому государству и соответственно его представителям, не осуществлять эту юрисдикцию в отношении него. По сути, при таком понимании иммунитета он основывается не на международном праве, а на международной вежливости¹²². Такая концепция, если она применяется в чистом виде, выводит иммунитет из сферы права, относит вопрос об иммунитете к сфере дискреционных полномочий осуществляющего юрисдикцию государства. Однако в таком дистиллированном виде эта концепция практически не применяется. Она скорее приводится в дополнение к международно-правовому толкованию и обоснованию иммунитета. Как отмечает М. Шо, «хотя он и представляет собой умаление юрисдикции государства пребывания (выражающееся, например, в том, что Соединенное Королевство не может осуществлять юрисдикцию над иностранными послами на своей территории), его все же надлежит трактовать как неотъемлемую часть признания суверенитета иностранных государств, а также как проявление юридического равенства всех государств»¹²³.

60. Определения терминов «иммунитет» и «юрисдикция» и соответствующие толковательные положения не вошли в проекты статей, принятые Комиссией, а затем и в Конвенцию о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности 2004 года. Однако они во многом отражают общепринятые представления о содержании понятий «иммунитет» и «юрисдикция». Возникает вопрос, не следует ли попытаться выработать определение терминов «иммунитет» и/или «иммунитет от уголовной юрисдикции» в рамках рассматриваемой темы, если речь пойдет о подготовке проектов нормативных положений?

¹²¹ Согласно Я. Синклеру, «юриспруденционно иммунитет можно определить как коррелят возлагаемой на государство территории обязанности воздерживаться от осуществления своей юрисдикции применительно к иностранному государству». Sinclair I., “The law of sovereign immunity: recent developments”, *RdC*, vol. 167 (1980-II), p. 113, at p. 199.

¹²² См. выше, пункты 35–36.

¹²³ Shaw M.N., *op.cit.*, p. 621. Об этом пишет и С. Сучариткул: «Взаимость в обращении, учетность между нациями и международная вежливость — весьма тесно связанные понятия, о которых можно говорить как о составляющих вспомогательную или дополнительную опору доктрины суверенного иммунитета». Sucharitkul S., “Immunities of Foreign States before National Authorities”, *RdC*, vol. 149, (1976-I), p. 119.

61. Несмотря на взаимосвязь иммунитета и юрисдикции, а также на то, что развитие института экстерриториальной и, особенно, универсальной юрисдикции оказало существенное влияние на размышления об иммунитете, вопрос о последнем может рассматриваться и изучаться без рассмотрения по существу вопроса о юрисдикции как таковой и наоборот. Как указал Международный Суд в решении по делу *Об ордере на арест*, «нормы, регулирующие юрисдикцию национальных судов, должны тщательно отграничиваться от норм, регулирующих юрисдикционные иммунитеты: юрисдикция не означает отсутствия иммунитета, а отсутствие иммунитета не означает наличия юрисдикции. Поэтому, хотя различные международные конвенции о предупреждении некоторых серьезных преступлений и наказании за них налагают на государства обязанность осуществлять преследование или производить экстрадицию, тем самым требуя от них распространения их уголовной юрисдикции, такое распространение юрисдикции никоим образом не затрагивает иммунитеты по обычному международному праву... Они сохраняют свою силу в судах иностранного государства, даже когда эти суды осуществляют подобную юрисдикцию на основании указанных конвенций»¹²⁴.

62. В своем совместном отдельном мнении к решению по делу *Об ордере на арест* судьи Хиггинс, Койманс и Бургенталь отмечают, что «иммунитет» и «юрисдикция» сложно связаны и что вопрос о том, есть ли иммунитет в каждом конкретном случае, зависит не только от статуса лица, но и от вида юрисдикции и от того, на каком основании власти государства намериваются ее осуществлять¹²⁵. Вместе с тем они указали, что, «хотя понятие «иммунитет» находится в концептуальной зависимости от предварительного наличия юрисдикции, к первому и ко второму применяется самостоятельный корпус правовых норм» и что Суд, не обойдя вопрос о юрисдикции, «поощрил появившуюся в последнее время досадную тенденцию... смешивать эти два вопроса»¹²⁶.

63. В рамках данной темы предстоит рассмотреть вопрос об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции и, возможно, сформулировать проекты статей или руководящих принципов по этому вопросу. Специальный докладчик не считал бы целесообразным в этой связи рассматривать далее по существу ни вопрос о юрисдикции *per se*, ни вопрос об экстерриториальной и универсальной уголовной юрисдикции в частности. Соответственно, представляется, что нет необходимости в формулировании в рамках данной темы каких-либо проектов положений относительно юрисдикции. В то же время вопрос о юрисдикции, по-видимому, надо будет затронуть при изучении вопроса об объеме иммунитета и в том числе о том, существуют ли изъятия или исключения из правила об иммунитете.

5. Иммунитет от уголовной юрисдикции и его процессуальная природа

64. Изложенные выше представления об иммунитете и юрисдикции действительны и для рассматриваемого в рамках настоящей темы понятия «иммунитет от уголовной юрисдикции». Важно, что иммунитет от юрисдикции и, в частности, иммунитет от уголовной юрисдикции не освобождает того, кто пользуется им, от законодательной (предписательной) юрисдикции государства. Характерно, что в определении иммунитета от юрисдикции, предложенном С. Сучарит-

¹²⁴ *I.C.J. Reports*, 2002, pp. 24–25, para.59.

¹²⁵ *I.C.J. Reports*, 2002, p. 64, para. 3.

¹²⁶ *Idid.*, para. 4.

кулом, речь велась об иммунитете от юрисдикции только судебных и административных властей. Принимая во внимание упомянутый выше проект определения понятия «юрисдикция» для целей статей о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, ясно, что речь шла об иммунитете только от исполнительной и судебной юрисдикции, но не от законодательной (предписательной) юрисдикции государства, т.е. об иммунитете от процесса, процессуальных действий¹²⁷. Таким образом, бенефициарий иммунитета не выводится из-под действия закона, установленного обладающим юрисдикцией государством, (закона, действующего на территории этого государства)¹²⁸. Обладая юрисдикцией государство лишь не может обеспечить применение своего закона к бенефициарию иммунитета. Иммунитет является защитой для того, кто им пользуется, от правоприменительного процесса в том государстве, от юрисдикции которого этот иммунитет действует, но не от закона этого государства. Это мнение широко поддерживается доктриной¹²⁹. Характерно, что конвенции о дипломатических, консульских сношениях, о специальных миссиях,

¹²⁷ С. Сучариткул отмечал: «рассматриваемые иммунитеты [иммунитеты иностранных государств по отношению к национальным органам власти] представляют собой главным образом иммунитеты от юрисдикции или от осуществления местной власти или территориальных полномочий, а не иммунитеты от материально-правовых норм или содержательных юридических установлений. Это иммунитеты от процедурных законоположений или в лучшем случае от юридического процесса или от иска, а не от местных законов. Когда заходит речь об иммунитете государства, местная юрисдикция может приостанавливаться. Однако от этого же иммунитета может быть в любой момент и самыми разными способами произведен отказ, что позволяет юридическому процессу продолжиться при полном восстановлении действия местных материально-правовых норм». Sucharitkul S., *op. cit.*, p. 96.

¹²⁸ «Иммунитет от юрисдикции не тождествен выведению за рамки правового строя государства территории. Этот вопрос может возникать как имеющий преюдициальное значение в разбирательстве, в котором иностранное государство не участвует в качестве стороны, либо в судах третьего государства, у которых предписания, касающиеся коллизий законов, могут диктовать им применение материально-правовых норм первого государства (государства территории), т.е. *lex delicti commissi*». Steinberger H., *op. cit.*, p. 616.

¹²⁹ Например: «Термин «иммунитет» применяется главным образом для обозначения освобождения от юридического процесса. В этом смысле иммунитет не подразумевает и не предполагает неподсудности или отсутствия ответственности *ratione materiae*, что должно быть ясно, если иметь в виду, что от иммунитета могут всегда отказаться. Parry and Grant, *Encyclopaedic dictionary of international law*, NY-London, Rome, 1986, p. 165; «... иммунитет от юрисдикции не означает выведения за рамки правовой системы соответствующего государства территории». Shaw M.N., *op. cit.*, 2003, p. 623; «Притязание [на иммунитет] предполагает иммунитет от иска, а не от закона. Поэтому, если от иммунитета отказываются, дело может быть разрешено правоприменительным путем в обычном порядке. Однако на изначальной ответственности государства-ответчика это не отражается, что проявляется в случае, когда в суде государства-ответчика средств правовой защиты не обнаруживается: иммунитет от иска может позволить избежать ответственности». Fox H., «International law and Restraints on the Exercise of Jurisdiction by National Courts of States», in: Evans M.D. (ed.), *International law*, Oxford: Oxford University Press, 2006, 2nd ed., p. 363; «Иммунитет государства по международному праву является не более чем иммунитетом от процессуальных действий по линии внутренних судов, и он не защищает государства ни от их собственного судопроизводства, ни от всякого рода ответственности. Иными словами, предоставление государству предписываемого международным правом иммунитета не означает прекращения примата права». Tomonori M., «The Individual as Beneficiary of State Immunity: Problems of the Attribution of Ultra Vires Conduct», *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 29 (Summer/Fall, 2001), p. 261, at p. 274.

предоставляющие определенным категориям лиц иммунитет от юрисдикции государства пребывания, одновременно предусматривают обязательство этих лиц уважать законы этого государства¹³⁰.

65. Следует отметить, что есть и иная точка зрения на природу иммунитета. Иногда говорят не только о процессуальном, но и о субстантивном или материальном иммунитете, в соответствии с которым лицо, пользующееся иммунитетом, может не подчиняться законам и соответственно законодательной юрисдикции государства¹³¹. Однако такая точка зрения не разделяется большинством рассматривающих этот вопрос авторов.

66. Применительно к сфере уголовной юрисдикции это особенно важно. В частности, бенефициарий иммунитета от уголовной юрисдикции не освобождается от норм материального права, криминализирующих определенное деяние и устанавливающих наказание за такое деяние. Иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции защищает его только от уголовного процесса, от уголовных процессуальных действий со стороны судебных и правоохранительных органов иностранного государства, обладающего юрисдикцией (возникает вопрос, не будет ли более точным вести речь даже не об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции или уголовного процесса, а об иммунитете от определенных уголовно-процессуальных мер, от уголовного преследования со стороны иностранного государства. Однако ответ на него можно будет дать лишь после рассмотрения вопроса об объеме иммунитета). Таким образом, иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции относится к сфере процессуального, а не материального права, носит процессуальный характер¹³². Соответственно, он, в принципе, не освобождает его бенефициария от уголовной ответственности, а только затрудняет ее реализацию. Как подчеркнул Международный Суд в решении по делу *Об ордере на арест*, «иммунитет от юрисдикции, которым облечены действующие министры иностранных дел, не означает, что они пользуются иммунитетом в отношении любых совершенных ими преступлений... Иммунитет от уголовной юрисдикции и индивидуальная уголовная ответственность — совершенно разные понятия. Если юрисдикционный иммунитет является по своему характеру процедурным, то вопрос об уголовной ответственности относится к сфере материального

¹³⁰ Статья 41 Венской конвенции о дипломатических сношениях 1961 г., статья 55 Венской конвенции о консульских сношениях 1963 г., статья 47 Конвенции о специальных миссиях 1969 г. В преамбуле Резолюции Института также содержится напоминание о том, что «иммунитеты, предоставляемые главе государства или главе правительства, никоим образом не означают, что он (она) не обязан уважать законы, действующие на территории государства суда».

¹³¹ См., например, Stern B., “Immunités et doctrine de l’Acte of State: Différences théoriques et similitudes pratiques de deux modes de protection des chefs d’État devant les juridictions étrangères”, *JDI*, No.133 (1) (janv./févr./mars 2006), p. 63, at p. 64. «В международном праве под иммунитетом государства понимаются юридические нормы и принципы, определяющие условия, при которых иностранное государство может претендовать на свободу от юрисдикции (выведение из-под законодательных, судебных и административных полномочий) другого государства (нередко называемого «государством суда»). Malanczuk P., *Akehurst’s Modern Introduction to International Law*, 7th revised ed., London and NY, 1997, p. 118; Хлестова И.О., *op.cit.*, p. 9.

¹³² В Российской Федерации, например, положение об иммунитете должностных лиц иностранного государства от уголовно-процессуальных действий содержится в Уголовно-процессуальном кодексе, регулирующем уголовный процесс, а не в Уголовном кодексе, содержащем нормы материального уголовного права.

права. Юрисдикционный иммунитет вполне может препятствовать судебному преследованию на какой-то срок или за какие-то правонарушения; он не может освободить обремененное им лицо от всякой уголовной ответственности»¹³³.

67. Вопрос об иммунитете должностного лица может быть поставлен уже на ранней стадии уголовного процесса, еще до того, как уголовное дело передано для рассмотрения по существу в суд. Например, в находящемся на рассмотрении Международного Суда деле *О некоторых уголовных процедурах во Франции (Республика Конго против Франции)* Республика Конго оспаривает, со ссылкой в том числе на иммунитет главы государства от иностранной уголовной юрисдикции, правомерность некоторых уголовно-процессуальных мер против ряда конголезских должностных лиц, включая главу государства, осуществленных Францией на предварительной стадии расследования и уголовного преследования в отношении преступлений, предположительно совершенных в Республике Конго¹³⁴. Правомерность подобных мер, осуществленных Францией против некоторых должностных лиц Джибути, включая главу государства, оспаривается и в другом находящемся на рассмотрении Международного Суда деле — *О некоторых вопросах, касающихся взаимной правовой помощи по уголовным делам (Джибути против Франции)*¹³⁵. В деле *Пиночета* вопрос об иммунитете бывшего главы государства от уголовной юрисдикции Великобритании возник в связи с рассмотрением запроса о его выдаче Испании¹³⁶. В деле *Адамова* вопрос об иммунитете бывшего министра атомной промышленности России от иностранной уголовной юрисдикции также ставился в контексте рассмотрения вопроса о его выдаче третьему государству¹³⁷.

68. Когда уголовное дело начинает разбираться национальным судом, вопрос об иммунитете рассматривается в качестве предварительного, до начала разбирательства дела по существу¹³⁸. Как указал Международный Суд в Консультативном мнении по делу *О привилегиях и иммунитетах* (1952 г.), «иммунитет — это не право, а привилегия, которая не может быть оспорена в суде».

¹³³ I.C.J. Reports, 2002, p. 25, para. 60.

¹³⁴ I.C.J., *Certain Criminal Proceedings in France* (Republic of the Congo v. France), www.icj-cij.org.

¹³⁵ I.C.J., *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters*, (Djibouti v. France), www.icj-cij.org.

¹³⁶ В октябре-ноябре 1998 гг. после того, как Верховный суд Испании вынес решение о наличии у испанских судов юрисдикции в отношении А.Пиночета, испанские судебные власти выдали международные ордера на арест сенатора и запросили его экстрадицию в Испанию. В соответствии с этими ордерами и Законе о выдаче 1989 г. (Extradition Act) 16 и 23 октября 1998 г. судьи Metropolitan Stipendiary выдали два предварительных ордера на арест бывшего чилийского диктатора. См.: *I.L.M.*, vol. 37 (1998), pp.1302–1303; *I.L.M.*, vol. 38 (1999), p. 432.

¹³⁷ В мае 2005 г. бывший Министр по атомной энергии России Е.Адамов был арестован в Берне по запросу США и помещен под временный арест с целью его дальнейшей выдачи Соединенным Штатам. Американские власти обвиняли Е.Адамова в совершении целой серии экономических преступлений, включая присвоение в крупном размере и использование в личных целях денежных средств, предназначенных для ядерной энергетики России. Российская Федерация также запросила у Швейцарии выдачу Е.Адамова в целях осуществления в отношении него уголовного преследования.

¹³⁸ Как отмечает М. Шо, «вопрос о суверенном иммунитете является процедурным и подлежащим рассмотрению как вопрос предварительный». Shaw M.N, *op.cit.*, p.623–624. «Английское право трактует иммунитет как процедурный вопрос, который должен быть улажен на самой ранней стадии разбирательства; того же требует, судя по всему, международное право». Fox H. *The law of State immunity*, NY: Oxford University Press, 2002, at p. 13.

тивном заключении по делу *Difference relating to Immunity from legal process of a Special Rapporteur of the Commission of Human Rights*, национальные суды должны рассматривать вопрос об иммунитете от юридического процесса «как предварительный вопрос, подлежащий оперативному разрешению *ex limite litis*»¹³⁹.

69. Вместе с тем зачастую государство, о должностном лице которого идет речь, вообще возражает как против рассмотрения вопроса об иммунитете в иностранном суде, так и против иных несудебных мер уголовно-процессуального характера, которые иностранное государство пытается осуществить или осуществляет против этого должностного лица. В таких случаях государство, на службе которого находится лицо, обычно предпринимает дипломатические шаги в отношениях с иностранным государством, осуществляющим уголовно-процессуальные меры, указывая на необходимость соблюдения иммунитета своего должностного лица, или даже ставит вопрос об ответственности этого иностранного государства за нарушение обязательств, вытекающих из норм международного права об иммунитете. Это является следствием того, что вопрос об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, как уже отмечалось, является вопросом межгосударственных отношений, а право на иммунитет и корреспондирующая ему обязанность соблюдать иммунитет и воздерживаться от осуществления юрисдикции в отношении его бенефициария вытекают, прежде всего, из норм международного права.

70. Осуществление уголовной юрисдикции включает и принятие мер обеспечительного или исполнительного характера. В одних международно-правовых документах, касающихся вопросов иммунитета, содержатся разные положения, относящиеся соответственно к иммунитету от юрисдикции и к иммунитету от исполнительных или обеспечительных мер (например, в Конвенции о дипломатических сношениях 1961 г. это, соответственно, пункты 1 и 3 статьи 31; в Конвенции о специальных миссиях 1969 г. — пункты 1 и 4 статьи 31; в Конвенции о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера 1975 г. — пункты 1 и 2 статьи 30). В то же время в Конвенции о консульских сношениях 1963 г. такого разделения нет (статья 43 Конвенции говорит просто об иммунитете от юрисдикции). По крайнем мере, на данном этапе представляется целесообразным просто вести речь об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, не выделяя вопрос об иммунитете от обеспечительных или исполнительных мер.

6. Иммунитет, доктрина «невозможности рассмотрения в суде» и доктрина «государственного акта»

71. Наряду с иммунитетом существуют и другие ограничители юрисдикции государства. Речь идет о доктринах “non-justiciability” и “act of State”. Обе эти доктрины получили развитие в англо-саксонской системе права и применяются главным образом в судах государств, в которых действует система общего пра-

¹³⁹ *Difference relating to Immunity from legal process of a Special Rapporteur of the Commission of Human Rights*, Advisory Opinion of 20 April 1999, *I.C.J. Reports*, 1999, para. 67.

ва. Впрочем, как отмечает Б.Стерн, аналогичные подходы известны и странам, в которых действует система гражданского, континентального права¹⁴⁰.

72. Точного определения обеих доктрин нет. Как указывает Х.Фокс, «невозможность рассмотрения в суде — доктрина, объем которой не определен. На нее могут ссылаться как на аргумент в судебном разбирательстве независимо от того, стало ли одной из сторон само иностранное государство, и она может всплывать в качестве предварительного аргумента либо в ходе выяснения материально-правовых норм»¹⁴¹. Ч. Уинкремасинге пишет, что по существу доктрина “non-justiciability” означает, что «предмет претензии регулируется на самом деле международным правом (или, что возможно, зарубежным публичным правом) и, находясь тем самым вне компетенции национальных судов, превращается в неподсудный им»¹⁴². Ссылаясь на доктрину невозможности рассмотрения в суде, национальный суд может решить, что не может рассматривать, например, вопрос, относящийся к сфере межгосударственных отношений¹⁴³.

73. Я.Синклер отмечал, что понятие иммунитета необходимо отличать от понятия «невозможности рассмотрения судом»¹⁴⁴. «Иммунитет, выражаемый изречением *par in parem non habet imperium*, — это принцип, относящийся к статусу суверенного равенства, которым пользуются все независимые государства. Этот принцип будет соблюден, если государство откажется от своего иммунитета, поскольку согласие на осуществление юрисдикции местными судами сообразуется со статусом суверенного равенства. Хотя понятие невозможности судебного рассмотрения, или отсутствия у местных судов юрисдикции в силу затрагиваемого предмета, возможно, и носит смежный характер, — это понятие самостоятельное. Таким образом, суд может отказаться от вынесения определения по поводу действительности закона иностранного государства, применяющегося по отношению к каким-то вопросам на его собственной территории, на том основании, что это означало бы притязание на юрисдикцию над внутренними делами этого государства»¹⁴⁵.

74. Доктрина «государственного акта» также, по сути, является ограничителем для осуществления юрисдикции в отношении иностранного государства. Ее применение в значительной степени связано с рассмотрением судами вопросов причинения ущерба праву собственности, находящейся в иностранном государстве, в результате принятия данным государством влияющих на это

¹⁴⁰ Stern B., *op.cit.*, p. 64.

¹⁴¹ Fox H., “International law and Restraints on the Exercise of Jurisdiction by National Courts of States”, in: Evans M.D. (ed.), *International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2006, 2nd ed., p. 377.

¹⁴² Whickremasinghe Ch., “Immunities enjoyed by officials of States and International Organizations”, in: *Ibid*, p. 390.

¹⁴³ «Невозможность судебного рассмотрения препятствует вынесению национальными судами решений по некоторым вопросам, в частности по вопросу о международных межгосударственных отношениях, поскольку у этих судов нет никаких судебных или поддающихся применению стандартов, с помощью которых эти вопросы можно было бы разрешить». Fox H., *op.cit.*, p. 359.

¹⁴⁴ Sinclair I., *op.cit.*, p. 198.

¹⁴⁵ *Ibid*, pp. 198–199.

право актов¹⁴⁶. В таких процессах может оспариваться действительность актов (нормативных или правоприменительных), принятых иностранным государством. Х.Фокс пишет, что «государственный акт — это аргумент в пользу защищенности от материально-правовых норм, требующий, чтобы суд проявлял сдержанность при разрешении споров, касающихся законодательных или иных властных актов, которые совершены иностранным государством в пределах своей территории»¹⁴⁷. Результатом применения доктрины «невозможности рассмотрения судом», как правило, является признание судом действительности акта иностранного государства. В основе такого подхода лежит принцип уважения суверенитета государства, суверенного равенства государств. Поскольку речь идет об акте другого суверенного государства, национальный суд воздерживается от рассмотрения вопроса о его действительности, ограничиваясь ее формальным признанием.

75. По крайней мере, в таком виде доктрина «государственного акта» выглядит более ограниченной, нежели доктрина «невозможности рассмотрения судом». Применяя таким образом доктрину «государственного акта», суд хотя бы в какой-то степени рассматривает по существу вопрос о том, действителен или нет акт иностранного государства. При использовании в аналогичной ситуации доктрины “non-justiciability” суд не рассматривает вопрос по существу вообще¹⁴⁸. Впрочем, обе доктрины могут считаться весьма близкими, особенно, если, применяя доктрину “act of state”, суд вообще отказывается выносить решение по вопросу о действительности акта иностранного государства, как это бывает, например, в судах США. Например, в решении 1962 г. по делу *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* судья Уотерман указал: «Если говорить вкратце, доктрина государственного акта предполагает, что американские суды не будут высказываться по поводу действительности актов иностранных правительств, совершаемых ими в качестве суверенов на своей собственной территории... Эта доктрина является доктриной коллизии законоположений, применяемой американскими судами; сама по себе она не является нормой международного права... Доктрина государственного акта проистекает из концепции иммунитета суверена, согласно которой “суверен не может быть не прав”»¹⁴⁹.

¹⁴⁶ «Доктрина государственного акта применялась в Соединенных Штатах главным образом в контексте иностранных экспроприаций, когда выдвигается утверждение о том, что актом правительства нарушены применимые нормы международного права». Fonteyne J.-P., “Acts of State”, in: *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, 1992, vol. I, p. 17.

¹⁴⁷ Fox H., *op.cit.*, p. 358.

¹⁴⁸ Как отметил в деле *Buttes Gas & Oil Co. v. Hammer* [1982], лорд Уилберфорс, «в английском праве существует более общий принцип, согласно которому суды не будут рассматривать в судебном порядке действия иностранных суверенных государств. Я предпочел бы избежать полемики по поводу терминологии, однако представляется целесообразным рассматривать этот принцип (если он имеется) не как разновидность «государственного акта», а как довод в пользу судебной сдержанности или отстраненности». *I.L.R.*, vol. 64, p. 331, at p. 344.

¹⁴⁹ *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, U.S. Court of Appeals, 2nd Cir., July 6, 1962, 307 F 2d 845, reproduced in *A.J.I.L.*, vol. 56 (1962), p. 1085, at pp. 1090–1091. Как отмечает E.Denza, «вместо терминов “государственный акт” и “невозможность рассмотрения судом” уместнее было бы, вероятно, использовать современную “доктрину подходящего суда”, параллельную доктрине *forum non conveniens* в международном частном праве». Denza E., “*Ex Parte Pinochet*: Lacuna or Leap?”, *I.C.L.Q.*, vol. 48 (1999), p. 946, at pp. 957–958.

76. В последнем решении обращает на себя внимание прямое указание на связь концепции “act of state” с концепцией иммунитета¹⁵⁰. Особенно заметна близость двух концепций, когда рассматривается вопрос об иммунитете должностных лиц государств от иностранной уголовной юрисдикции в отношении актов, совершенных ими в официальном качестве. Однако отмечаются и существенные различия между иммунитетом и доктриной “act of state”. «Правовое регулирование суверенного иммунитета сводится к юрисдикции суда. Доктрина государственного акта не имеет юрисдикционного характера... Скорее, это предусмотрительная доктрина, призванная избегать вовлечения судов в деликатные сферы. Суверенный иммунитет — это принцип международного права, признаваемых в США в статутном порядке. На суверенный иммунитет вправе ссылаться сами государства в качестве ответчиков. Доктрина государственного акта является отечественным юридическим принципом, проистекая из своеобразной роли американских судов. Она признает не только суверенитет иностранных государств, но и сферы полномочий равноправных ветвей нашей государственной власти»¹⁵¹.

77. Отметим также, что доктрины “act of state” и “non-justiciability”, в отличие от иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, применимы только в суде и, следовательно, могут ограничивать только судебную, но не исполнительную юрисдикцию иностранного государства. Они не используются для защиты от уголовной юрисдикции иностранного государства (от уголовно-процессуальных действий) на досудебной стадии¹⁵².

7. Иммунитет должностных лиц *ratione personae*, иммунитет должностных лиц *ratione materiae*

78. Обычно различают два вида, две составляющих иммунитета должностных лиц государства: иммунитет *ratione personae* и иммунитет *ratione mate-*

¹⁵⁰ Близость двух концепций отмечается, например, в решении апелляционного суда по делу *International Association of Machinists and Aerospace Workers v. Organization of Petroleum Exporting Countries (OPEC) et al.*: «Доктрина суверенного иммунитета сходна с доктриной государственного акта в том, что она тоже отражает необходимость уважать суверенитет иностранных государств». U.S. Court of Appeals, Ninth Circuit, 6 July 1981 (amended 24 August 1981), 649 F.2nd 1354, 1359; reproduced in *I.L.R.*, vol. 66, p. 413, at p. 418.

¹⁵¹ *Ibid.*, at p. 418. В таком понимании, как представляется, доктрина “act of state” близка доктрине “non-justiciability”, а также доктрине «политического вопроса» (“political question doctrine”). Последнее отмечается в только что процитированном решении: «Доктрина государственного акта сходна с доктриной политического вопроса во внутригосударственном праве. Она требует, чтобы суды уступали место законодательной и исполнительной ветвям власти, когда последние способны лучше разобраться в политически деликатном вопросе». *Ibid.*, at p. 417.

¹⁵² Подробно о сходстве и различиях между иммунитетом, доктринами “act of state” и “non-justiciability” см., например, Brownlie I., *Principles of International Law*, 6th ed., Oxford University Press, 2003, pp. 320–321; Fox H., *The Law of State Immunity*, NY: Oxford University Press, 2002, pp. 477–502; Meagher, P.J. “Act of State and Sovereign Immunity: The Marcos Cases,” *H.I.L.J.*, vol. 29, No. 1 (Winter 1988), pp. 127–134; Van Panhuys, H.F., “In The Borderland Between The Act of State Doctrine and Questions of Jurisdictional Immunities,” *I.C.L.Q.*, Vol. 13 (1964), pp. 1193–1213; Parseghian, L.Y. “Defining the ‘Public Act’ Requirement in the Act of State Doctrine,” *University of Chicago Law Review*, vol. 58 (1991), pp. 1151–1180. Stern, B. *op.cit.*, pp. 63–87; Zander, M., “The Act of State Doctrine,” *A.J.I.L.*, vol. 53 (1959), pp. 826–852.

*riae*¹⁵³. Иммуниет *ratione personae* или персональный иммунитет вытекает из статуса, из должности, которую лицо занимает на государственной службе, и, соответственно, из государственных функций, которые лицо должно осуществлять, занимая эту должность. Этим видом иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции пользуются должностные лица, занимающие высшие или высокие государственные должности¹⁵⁴, а также аккредитованные в государстве пребывания дипломатические агенты (в соответствии с обычным международным правом и пунктом 1 статьи 31 Венской конвенции о дипломатических сношениях 1961 г.)¹⁵⁵. Иммуниет *ratione personae*, по-видимому, самый древний вид иммунитета. Им пользовались и продолжают пользоваться по сей день главы государств. Глава государства считался носителем суверенитета, отождествлялся с самим государством, персонифицировал его. Отсюда вытекал его абсолютный иммунитет, который распространялся и на государство. Со временем иммунитет государства и иммунитет главы государства стали рассматриваться отдельно, однако иммунитет *ratione personae* главы государства общепризнан и сегодня.

79. Иммуниет *ratione personae* распространяется на действия, совершенные должностным лицом государства как в официальном, так и в личном качестве как до занятия должности, так и во время пребывания в ней. Будучи связан с должностью, занимаемой лицом на государственной службе, он носит времен-

¹⁵³ Об этих двух видах иммунитета подробно говорилось, например, в деле *Pinochet No.3, I.L.M.*, vol. 38 (1999), p. 580, at pp. 592, 600–601, 605–606, 644–645 и т.д. Также наличие этих двух видов иммунитета должностных лиц было признано Францией и Джибути в ходе устных слушаний в Международном Суде по делу *Certain Questions of Mutual Legal Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*: International Court of Justice, CR 2008/3, p. 15, para. 23, CR 2008/5, pp. 50–51, paras. 75–77. Об этих двух типах иммунитета говорится в комментариях Комиссии международного права к параграфу (b)(v) статьи 1 Проектов статей о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности. *Ежегодник ...1991*, т. II (часть вторая), сс. 19–20. См. также, например: Cassese A., *International criminal law*, NY: Oxford University Press p. 265–273; Day A., “Crimes against humanity as a nexus of individual and State responsibility: why the ICJ got Belgium v. Congo wrong”, *Berkley Journal of International Law*, vol. 22 (2004), p. 489, at p. 493; Frulli M., “The question of Charles Taylor’s immunity. Still in search of balanced application of personal immunities?”, *Journal of international criminal justice*, 2 (2004), pp. 1125–1126; Wirth St., “Immunity for core crimes? The ICJ’s Judgment in the Congo v. Belgium case”, *E.J.I.L.*, vol.13, No.4 (2002), p. 877, at pp. 882–883; Summers M.A., “Immunity or impunity? The potential effect of prosecutions of State officials for core international crimes in States like the United States that are not parties to the Statute of the International Criminal Court”, *Brooklyn Journal of International Law*, vol.31:2 (2006), p. 463, at p. 464; Toner P.J., “Competing concepts of immunity: revolution of the head of State immunity defense”, *Penn State Law Review*, vol.108 (2003–2004), p. 899, at p. 902; Borghi A., op. cit., pp. 53–56; Barker C.J., “The future of former Head of State immunity after *ex parte Pinochet*”, *I.C.L.Q.*, vol. 48 (1999), p. 937, at p. 939–944; Simbeye Y., op.cit., pp. 109–111, 123; Hamida A.G., Sein K.M., Kadouf H.A., “Immunity Versus International Crimes: the Impact of *Pinochet* and *Arrest Warrant* Cases”, *Indian Journal of international Law*, vol. 46, No. 4 (October-December 2006), p. 495, at pp. 510–511.

¹⁵⁴ Вопрос о том, можно ли и, если можно, то как, выделить тех высокопоставленных должностных лиц, которые в отличие от других высокопоставленных должностных лиц пользуются персональным иммунитетом, будет рассмотрен в разделе, касающемся сферы охвата темы по кругу лиц.

¹⁵⁵ Таким иммунитетом могут пользоваться в соответствии с международными договорами и другие должностные лица государства, например, представители направляющего государства в специальной миссии (в соответствии с пунктом 1 статьи 31 Конвенции о специальных миссиях 1969 г.).

ный характер, возникает с вступлением в должность и прекращается с уходом лица с должности.

80. Иммунитетом *ratione materiae* должностные лица государства пользуются независимо от уровня занимаемой должности, а в силу того, что осуществляют официальные государственные функции. Иммунитет *ratione materiae* иногда именуют также функциональным иммунитетом. Этот вид иммунитета распространяется только на действия, совершенные должностным лицом государства, действующим в официальном качестве, т.е. совершенные в осуществление функций государства. Соответственно, он не распространяется на действия, совершенные в личном качестве. После того как лицо оставляет государственную службу, оно продолжает пользоваться иммунитетом *ratione materiae* в отношении действий, совершенных во время пребывания на службе в официальном качестве¹⁵⁶.

81. Таким образом, если следовать приведенной типологии иммунитета, то получается, что некоторые должностные лица государства (их точный круг не ясен) пользуются как иммунитетом *ratione personae*, так и иммунитетом *ratione materiae* от иностранной юрисдикции, и все должностные лица государства являются бенефициариями иммунитета *ratione materiae*¹⁵⁷.

82. Грань между двумя упомянутыми видами иммунитета должностных лиц государства малозаметна, когда речь идет о действующих должностных лицах, занимающих высокие должности на государственной службе. Иммунитет *ratione personae* главы государства, главы правительства, министра иностранных дел и еще некоторых высокопоставленных должностных лиц, по сути, поглощает иммунитет *ratione materiae*. Поэтому иногда, чтобы четче разделить два типа иммунитета применительно к высокопоставленным должностным лицам, говорят, что иммунитет *ratione personae* распространяется только на дей-

¹⁵⁶ Естественно, возникает вопрос, какие действия следует рассматривать в качестве совершенных «в официальном качестве», а какие — нет. Ответ на этот вопрос имеет первостепенное значение при определении объема, пределов иммунитета. Вопрос будет рассмотрен в разделе, касающемся объема иммунитета.

¹⁵⁷ Иногда иммунитет *ratione personae* называют процессуальным иммунитетом, а иммунитет *ratione materiae* — субстантивным. Так, например, А. Кассесе считает, что иммунитет *ratione materiae* «относится к материальному праву: это субстантивное средство правовой защиты», а иммунитет *ratione personae* «относится к процедурному праву: он выводит должностное лицо государства из-под гражданской или уголовной юрисдикции (что является процедурным средством правовой защиты)». Cassese A., *op.cit.*, at p. 266. В то же время он допускает, что «если должностное лицо государства, действуя за рубежом, нарушило уголовно-правовые нормы иностранного государства, оно может навлечь на себя уголовную ответственность и быть признано подпадающим под иностранную уголовную юрисдикцию». Ibid, footnote 6. Аналогичного мнения придерживается Д.С. Коллер. См. Koller D.S., “Immunity of Foreign Ministers: paragraph 61 of the Yerodia Judgment as it pertains to the Security Council and International Criminal Court”, *American University International Law Review*, vol. 20 (2004), p. 7, at pp. 25–26. См. также, например, Day A., *op.cit.*, at p.490; Frulli M., *op.cit.*, at pp.1125–26. С таких позиций выступали истцы в деле Wei Ye, Hao Wang, Does A, B, C, D, E, F, and others similarly situated v. Jiang Zemin and Falun Gong Control Office, a/k/a Office 610, Supreme Court of the United States, Petition for a writ of certiorari, p. 7. Представляется, однако, что по причинам, изложенным выше, иммунитет в любом случае носит процессуальный характер. В качестве дополнительного аргумента можно указать на мнение Апелляционной палаты Специального суда по Сьерра-Леоне: “The question of sovereign immunity is a procedural question”, *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Decision on Immunity from Jurisdiction*, 31 May 2004, para. 27.

ствия, совершенные ими в личном качестве (действия высокопоставленного должностного лица в официальном качестве покрываются иммунитетом *ratione materiae* независимо от того, находится ли лицо в должности или уже оставило ее)¹⁵⁸.

83. Разделение иммунитета должностных лиц на иммунитет *ratione personae* и иммунитет *ratione materiae* и использование этих терминов уместно в аналитических целях для исследования рассматриваемого вопроса и для процесса доказывания иммунитета должностных лиц государства¹⁵⁹. Вместе с тем возникает вопрос, насколько оно необходимо при правовом урегулировании сюжета об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции. Международный Суд в формулировках решения по делу *Об ордере на арест* к этой типологии иммунитета и соответственно к терминам «иммунитет *ratione personae*» и «иммунитет *ratione materiae*» прибегать не стал. Суд решал вопрос о наличии или отсутствии иммунитета министра иностранных дел от иностранной уголовной юрисдикции в зависимости от того, идет ли речь о периоде пребывания министра в должности или о периоде, когда он уже оставил должность, и идет ли речь о действиях, совершаемых им в официальном качестве, или о действиях, совершаемых им в личном качестве¹⁶⁰. Не использовалась эта типология и в Конвенциях о дипломатических и консульских сношениях, о специальных миссиях, о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера. Также не используются понятия иммунитет *ratione personae* и иммунитет *ratione materiae* в Резолюции Института¹⁶¹.

8. Обоснование иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции

84. То, как обосновывается иммунитет должностных лиц государства, может влиять на решение вопроса о круге лиц, которые являются бенефициариями иммунитета, и об объеме их иммунитета. В преамбулах Венской конвенции о дипломатических сношениях 1961 года, Венской конвенции о консульских сношениях 1963 года и Конвенции о специальных миссиях 1969 года содержатся

¹⁵⁸ См., например, комментарии к Проектам статей Комиссии о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности: «Помимо иммунитетов *ratione materiae*, связанных с деятельностью или официальными функциями представителей, личные суверены и послы вправе иметь в некоторой степени в своем личном качестве иммунитеты *ratione personae*, представляемые им лично или в отношении их личной деятельности, которая не связана с официальными функциями». *Ежегодник ... 1991*, т. II (часть вторая), стр. 18.

¹⁵⁹ Для целей обоснования наличия иммунитета или его отсутствия эта типология иммунитета использовалась, например, в делах *Pinochet No. 1* и *No. 3*, *Jones No. 1* и *No. 2*.

¹⁶⁰ См., в частности, параграфы 54–55, 61 решения.

¹⁶¹ В Конвенции о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности 2004 года эта типология иммунитета присутствует наполовину явно, наполовину имплицитно: в пункте 2 статьи 3 указывается, что Конвенция не наносит ущерба иммунитетам главы государства *ratione personae*. Иммунитет *ratione materiae* прямо не упоминается, но из приведенного положения статьи 1 (о применении Конвенции к иммунитету государства) и из пункта 1(b)(iv) статьи 2 (из которого следует, что государство относится, в том числе, к представителям государства, действующим в этом качестве) вытекает, что именно он регулируется этим договором.

ся положения, объясняющие, для чего предоставляется иммунитет их соответствующим бенефициариям¹⁶².

85. В преамбуле Венской конвенции 1961 года *inter alia* говорится: «... привилегии и иммунитеты предоставляются не для выгод отдельных лиц, а для обеспечения эффективного осуществления функций дипломатических представительств как органов, представляющих государства». Аналогичные положения содержатся в преамбулах Венской конвенции 1963 года и Конвенции о специальных миссиях¹⁶³. В решении Международного Суда по делу *Об ордере на арест* предоставление иммунитетов министрам иностранных дел объясняется практически таким же образом: «В обычном международном праве иммунитеты, которыми облакаются министры иностранных дел, предоставляются не для их личной выгоды, а для обеспечения эффективного осуществления ими своих функций от имени их государств»¹⁶⁴.

86. В этом положении решения Суда комментаторами обычно подчеркивается, что Суд обосновал иммунитет министра иностранных дел ссылкой на функциональную необходимость¹⁶⁵. При этом остается в тени та часть приведенного Судом обоснования, где говорится о том, что иммунитеты предоставляются министрам иностранных дел для обеспечения эффективного осуществления функций «от имени их государств». Как уже отмечалось, обоснование

¹⁶² Положение, разъясняющее причины необходимости особого обращения с главами государств и главами правительств, предоставления им иммунитета от иностранной юрисдикции, содержится и в преамбуле Резолюции Института: «... главе государства или главе правительства полагается особое обхождение не ради его(ее) собственных интересов, а как представителю этого государства, поскольку это необходимо для осуществления им(ею) своих функций либо выполнения им(его) своих обязанностей в независимом и эффективном порядке, в правильно понимаемых интересах как государства или правительства, главой которого он(она) является, так и всего международного сообщества в целом». *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (2000–2001), p. 743.

¹⁶³ В шестом абзаце преамбулы Венской конвенции 1963 года указывается, что «привилегии и иммунитеты предоставляются не для выгод отдельных лиц, а для обеспечения эффективного осуществления консульскими учреждениями функций от имени их государств». В восьмом абзаце преамбулы Конвенции о специальных миссиях 1969 года говорится: «привилегии и иммунитеты, относящиеся к специальным миссиям, предоставляются не для выгод отдельных лиц, а для обеспечения эффективного выполнения функций специальных миссий как миссий, по своему характеру представляющих государство».

¹⁶⁴ *I.C.J. Reports*, 2002, p. 21, para. 53

¹⁶⁵ Так, согласно А. Кассезе, Суд «... из обоснования норм, определяющих персональные иммунитеты старших должностных лиц государства, таких, как главы государств или правительств либо дипломатические агенты, логически вывел, что такие иммунитеты обязательно призваны препятствовать любому ущербу для «эффективного осуществления» их функций». Cassese, A. “When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on *Congo v. Belgium Case*”, *E.J.I.L.*, vol. 13 (2002), No. 4, p. 855. Как отмечает Д. Коллер, «Суд выдвинул утверждение, что эти функции диктуют необходимость облечения министра иностранных дел абсолютным иммунитетом от юрисдикции судов иностранного государства, даже при посещении таких государств в частном порядке». Koller, D.S., *op.cit.*, at p. 11. Согласно М. Сассоли «Суд указал... функции министра иностранных дел в международных отношениях, констатировав в заключение, что на весь срок пребывания на своем посту он пользуется за границей полным уголовным иммунитетом и полной неприкосновенностью». Sassoli M., «Les immunités internationales», in *L'arret Yerodia: quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international*, *R.G.D.I.P.*, Vol. 4 (2002), p. 791, at p. 797.

иммунитета министров иностранных дел, данное Судом, похоже на обоснования иммунитетов в упомянутых выше Конвенциях. Между тем, в эти договорные обоснования иммунитета слова «представляющих государства», «от имени их государств» и «представляющих государство» включались специально, чтобы подчеркнуть, что иммунитет предоставляется не просто для обеспечения выполнения как таковых функций дипломатических и консульских агентов и членов специальных миссий, а потому, что функции осуществляются соответственно дипломатическими представительствами, консульскими учреждениями, специальными миссиями именно как представляющими государство, действующими от его имени¹⁶⁶. Думается, таким же образом следует принимать во внимание и толковать слова «от имени их государств» в упомянутом пассаже из решения Международного Суда.

87. Приведенные конвенционные формулировки обоснований иммунитетов отражают две основные теории, объясняющие причины предоставления иммунитета должностным лицам государства в иностранной юрисдикции: теорию «функциональной необходимости» и теорию «представительства государства»¹⁶⁷. Как отмечалось в комментариях Комиссии к проектам статей о дипломатических сношениях, «представительская» теория основывала дипломатический иммунитет на идее, что дипломатическая миссия персонифицирует направляющее государство, а «функциональная» — на том, что иммунитет необходим для выполнения дипломатической миссией ее функций. При этом Комиссия отмечала, что она руководствовалась теорией «функциональной необходимости» «при разрешении тех проблем, по которым практика не дает ясных указаний ... принимая, однако, во внимание также и представительный характер главы представительства и самого представительства»¹⁶⁸. Таким образом, в обосновании иммунитета, предоставляемого в соответствии с кодифицированными в указанных Конвенциях нормами международного права, можно обнаружить следы обеих упомянутых теоретических конструкций. Ни одна из них в чистом виде не применялась. Это, с учетом изложенного, можно сказать и о решении по делу *Об ордере на арест*¹⁶⁹.

88. Как отмечала Комиссия в комментариях к пункту 1(b)(v) проекта статьи 2 проектов Статей о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, иммунитеты *ratione materiae* предоставляются в связи с «деятельностью или официальными функциями представителей» государства¹⁷⁰. Должностные

¹⁶⁶ См., например, Denza E., *Diplomatic Law: A Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 2nd ed., Oxford, 1998, pp. 11–12.

¹⁶⁷ Третья основная теория на сей счет — теория экстерриториальности, согласно которой нахождение суверена, посла или дипломатической миссии в государстве пребывания влечет за собой как бы распространение территории представляемого ими государства на место их нахождения в государстве пребывания, — давно прекратила свое существование и применение. Подробнее о теории см. Strisower L., «L'exterritorialité et ses principales applications», *RdC*, vol. I (1923), p. 233 et suiv.

¹⁶⁸ Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тринадцатая сессия, Дополнение № 9 (A/3859), стр. 19. О теориях, объясняющих иммунитет должностных лиц, подробнее см., например: Borghi A., *op.cit.*, pp. 42–57, Sucharitkul S., *op.cit.*, pp. 115–121.

¹⁶⁹ Заметим, что если, применяя функциональную теорию, исходить из того, что иммунитет необходим для осуществления должностным лицом не просто функций, а функций именно в целях представительства государства или от имени государства, то различия между двумя теориями становятся совсем не очевидными.

¹⁷⁰ *Ежегодник ... 1991*, т. II (часть вторая), стр. 19.

лица государства, действуя в официальном качестве, осуществляют действия государства. Иначе говоря, государство действует через своих представителей, когда они действуют в этом качестве. Комиссия в этой связи указывала: «Иски против ... представителей или агентов иностранного правительства в отношении их официальных действий по своей сути являются судебным разбирательством в отношении государства, которое они представляют. Иностранное государство, действующее через своих представителей, пользуется иммунитетом *ratione materiae*. Такие иммунитеты, характеризующиеся как *ratione materiae*, представляются в интересах государства ...»¹⁷¹. Как действия, совершаемые в официальном качестве должностными лицами государства, являются на самом деле действиями самого государства, так и иммунитет, которым они пользуются в отношении таких действий, на самом деле является иммунитетом государства. Причина того, что иммунитет в отношении действий, совершенных в официальном качестве, продолжает действовать после оставления лицом государственной службы, состоит в том, что, на самом деле, это иммунитет государства. Именно «государственный иммунитет сохраняется после окончания миссии или срока службы соответствующего представителя. Это объясняется не только тем, что рассматриваемый иммунитет принадлежит государству, но и тем, что он основан на суверенном или официальном характере деятельности, будучи иммунитетом *ratione materiae*»¹⁷². Представляется, что дело обстоит таким образом для иммунитета как от гражданской, так и от уголовной юрисдикции¹⁷³.

89. Означает ли присвоение противоправного, уголовно-наказуемого поведения должностного лица государства, т.е. индивида, государству невозможность

¹⁷¹ Там же.

¹⁷² Там же.

¹⁷³ Из последних примеров подобного обоснования иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции отметим дискуссию между советником Джибути Л. Кондорелли и советником Франции А. Пелле в ходе устных слушаний в Международном Суде по делу *О некоторых вопросах, касающихся взаимной правовой помощи по уголовным делам* (Джибути против Франции). Л. Кондорелли так обосновывал иммунитет Генерального прокурора и Руководителя Службы национальной безопасности Джибути: «Джибути просит Суд признать следующее: государство не может усматривать за лицом, пользующимся статусом органа другого государства, индивидуальную уголовную ответственность за деяния, совершенные в этом официальном качестве, т.е. при исполнении им своих обязанностей. На самом деле такие акты надлежит рассматривать в международном праве как присваиваемые государству, от имени которого действовал этот орган, а не лицу, действующему в качестве этого органа [п. 24]. Ответчик не может упускать из виду тот факт, что, обратившись к трудам авторитетных экспертов, разбиравших данную тему, придется сделать вывод, что громадное их большинство придерживается той же точки зрения. Взять Келсена и Фокса, взять Морелли и Квадри, Дама, Боте, Эйкхерста, Кассезе и еще многих других [сноски опущены] — все они убеждены в существовании в международном праве принципа, который предусматривает за органами государства иммунитет от юрисдикции иностранных государств в отношении деяний, совершенных при осуществлении этой функции». Документ CR 2008/3 (translation), 22 January 2008 at 3 p.m., pp. 9–10, paras. 23, 24. А. Пелле не возражал против самого принципа, сформулированного Л. Кондорелли. Документ CR 2008/5 (translation), 25 January at 10 a.m., p. 42, para. 74. Как он отметил, «когда органы государства выступают в официальном качестве, они действуют не под свою ответственность, а под ответственность государства; поэтому их деяния пользуются иммунитетами государства». Ibid., para. 75. Советник Франции не согласился с тем, как, по мнению его оппонента, реализуется этот принцип. Ibid., p. 43, paras. 76, 77.

одновременного присвоения этого поведения самому индивиду? Как представляется, нет. Речь не идет об исключительном присвоении поведения должностного лица государства, действующего в официальном качестве, самому государству¹⁷⁴. Если бы противоправное поведение должностного лица в официальном качестве присваивалось только государству, на службе которого это лицо находится, вопрос об уголовной ответственности лица вообще никогда не мог бы возникнуть. Однако дело обстоит иначе. Если государство отказывается от иммунитета, которым пользуется лицо, это лицо будет нести уголовную ответственность за те деяния, которые являются его деяниями (естественно, самого по себе отказа от иммунитета недостаточно для того, чтобы ответственность наступила, но он делает возможным реализацию иностранной уголовной юрисдикции в отношении данного лица в полном объеме, включая определение и применение мер уголовной ответственности). Иммунитет *ratione materiae*, которым пользуется должностное лицо, вытекает из того, что поведение является официальным, присваивается государству, от имени которого действует лицо, тем не менее, он не отменяет возможности одновременного присвоения этого поведения самому лицу¹⁷⁵. Иммунитет не меняет ничего в субстантивных условиях, наличие которых необходимо для уголовной ответственности индивида, пользующегося им. Это, кстати, как представляется, является еще одним свидетельством процессуальной, а не субстантивной природы иммунитета *ratione materiae*.

¹⁷⁴ В деле *Blaskic* МТБЮ указал, что «должностные лица являются просто инструментами государства, и их официальные действия могут быть присвоены только государству». *Prosecutor v. Blaskic*, Appeals Chamber, Judgment on the request of the Republic of Croatia for review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997, 29 October 1997, para. 38.

Казалось бы, это утверждение опровергает изложенный в тексте тезис. Однако далее в решении Трибунала говорится, что «каждое государство вправе требовать, чтобы деяния или операции, совершаемые одним из его органов в своем официальном качестве приписывались этому государству, благодаря чему отдельно взятый орган не сможет считаться ответственным за эти деяния или операции». *Ibid.*, para. 41. Представляется, что таким образом Трибунал на самом деле говорит о том, что государство вправе требовать, чтобы деяние его должностного лица в официальном качестве рассматривалось как деяние самого государства, но не исключает возможности присвоения такого деяния не только государству, но и должностному лицу, если данное государство не настаивает на ином.

¹⁷⁵ Как отмечает Дж. Верхувен, «то, что деяние присваивается государству по смыслу международного права, само по себе не означает, что лицо, без обязательного посредства которого это деяние не могло быть совершено, не может быть вынуждено держать ответ перед иностранной инстанцией и на основании национального права. Именно поэтому некоторые «органы» пользуются иммунитетами ...». Verhoeven J., «Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international», dans Verhoeven J. (sous la direction de), *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?*, Bruxelles: L.G.D.J., 2004, p. 68. Заметим также, хотя это и не предмет рассматриваемой темы, что отказ от иммунитета, которым пользуется должностное лицо, не меняет ситуацию с присвоением деяний, совершенных этим лицом, государству, отказавшемуся от иммунитета. Они по-прежнему присваиваются не только совершившему их индивиду, но и этому государству. Поэтому наряду с реализацией ответственности должностного лица, индивида, в случае отказа государства от иммунитета, по-прежнему сохраняются основания для постановки вопроса об ответственности за эти деяния самого государства.

90. Иммуниет *ratione personae* также имеет смешанное — «функционально-представительское» — обоснование¹⁷⁶. Иммуниетом *ratione personae* пользуются, как отмечалось, только лица, занимающие в государстве высшие или высокие должности, и он непосредственно связан с такой должностью. Чаще всего, давая функциональное обоснование иммунитета *ratione personae*, указывают, что этот иммунитет предоставляется лицам, которые занимают не просто высшие или высокие государственные должности, а только те из этих должностей, которые непременно связаны с осуществлением функций представительства государства в международных отношениях¹⁷⁷. Здесь, однако, возникает вопрос: только ли необходимостью осуществлять функции по представительству государства в международных отношениях можно обосновать персональный иммунитет? А если, например, речь идет о министре обороны? У него обычно есть функции по представительству государства в международных отношениях. Однако его деятельность осуществляется главным образом внутри страны. При этом она направлена непосредственно на обеспечение суверенитета и безопасности его государства. Не является ли в этой связи также логичным обосновывать иммунитет *ratione personae* тем, что соответствующее лицо занимает высшую или высокую государственную должность, на которой оно осуществляет функции, чрезвычайно важные для обеспечения суверенитета государства?

91. Несмотря на популярность теории функциональной необходимости, иммунитет главы государства, например, зачастую обосновывается ссылкой на то, что глава государства персонифицирует само государство, т.е. представительской теорией. Это обоснование иммунитета главы государства особенно ясно

¹⁷⁶ Как отметил суд в деле *Tachiona v. Mugabe*, «... любая форма юридического принуждения, которой подвергают непосредственно руководителя другого государства или иностранного дипломата, не только ведет к созданию помех для осуществления иностранным должностным лицом своих функций, но и представляет собой оскорбление как личности и достоинства правителя, так и направляющего иностранного государства». U.S. District Court, SDNY, 30 October 2001. Сравните также: «Обычное международное публичное право признает такие привилегии *ratione personae* за главами государств как для того, чтобы учесть их функции и символическое воплощение ими суверенитета, так и по причине их представительского характера в межгосударственных отношениях». *Marcos and Marcos v. Federal Department of Police*, Swiss Federal Tribunal, 2 November 1989, reproduced in *I.L.R.*, vol. 102, p. 198, at p. 201.

¹⁷⁷ «... Во внимание должны приниматься такие функции, которые являются по своей природе международными, т.е. которые непременно предполагают сношения с одним или несколькими другими государствами (субъектами международного права)». Verhoeven J., *op.cit.*, p. 89.

проявилось при рассмотрении дела *Пиночета*¹⁷⁸. Впрочем, в судебных решениях есть примеры и «более функционального» обоснования иммунитета главы государства. На то, что иммунитет главы государства необходим для обеспечения ему возможности свободно осуществлять государственные обязанности, обращалось внимание, например, в решениях судов США по делам *In re Grand Jury Proceedings* и *Lafontant v. Aristide*¹⁷⁹.

92. Преимущественно функциональное обоснование иммунитета министров иностранных дел, данное Международным Судом в деле об Ордере на арест, экстраполируют и на других лиц, пользующихся иммунитетом

¹⁷⁸ См. *Pinochet No. 3, I.L.M.*, vol. 38 (1999), p. 580. *Лорд Миллет*: «Действующий глава государства пользуется иммунитетом в силу своего особого статуса как лица, занимающего высшую должность в своем государстве. Он рассматривается как персональное воплощение самого государства. Подвергать его юрисдикции отечественных судов другого государства, будь то за его публичные деяния или частные дела, было бы оскорблением достоинства и суверенитета персонифицируемого им государства и отрицанием равенства суверенных государств» (at p. 644); *Лорд Браун-Уилкинсон*: «Отказ от судебного рассмотрения в одном суверенном государстве (государстве суда) поведения другого государства — это один из базовых принципов международного права. Иностранному государству полагается процедурный иммунитет от процессуальных действий государства форума. Этот иммунитет охватывает как уголовную, так и гражданско-правовую ответственность. Вероятно, иммунитет государства произошел исторически от иммунитета монаршей персоны. Как бы то ни было, такой персональный иммунитет главы государства сохраняется по сей день; главе государства полагается такой же иммунитет, как самому государству... Иммунитет, которым пользуется находящийся у власти глава государства... представляет собой полный иммунитет, предоставляемый персоне главы государства... и ограждающий его от любого действия и преследования независимо от того, идет ли речь о вопросах, совершаемых во имя этого государства. О таком иммунитете говорят, что он предоставляется *ratione personae*» (at p. 592); *Лорд Гофф Чивлский*: «Принцип государственного иммунитета сформулирован в латинском изречении *par in parem non habet imperium*, смысл которого состоит в том, что один суверен не разбирает в судебном порядке поведение другого суверена. Этот принцип применяется в межгосударственных отношениях, и главе государства полагается такой же иммунитет, как и самому государству...» (at p. 598).

¹⁷⁹ «Подобно родственной доктрине суверенного иммунитета, мотивировка иммунитета главы государства — способствовать учтивости между нациями за счет обеспечения того, чтобы вожди могли выполнять свои обязанности, не подвергаясь задержанию, аресту или неприятностям в правовой системе другой страны». *In re Grand Jury Proceedings, Doe No.700*, US Court of Appeals, Fourth Circuit, 5 May 1987, reproduced in *I.L.R.*, vol. 81, p. 599, at p. 601 (Ср. также *United States v. Noriega and Others*, U.S. District Court, Southern District of Florida, 8 June 1990, reproduced in *I.L.R.*, vol. 99, p. 143, at p. 161). В деле *Lafontant v. Aristide* Окружной суд констатировал: «Главы государств должны быть в состоянии свободно выполнять свои обязанности на родине и за границей без угрозы привлечения к гражданской и уголовной ответственности в иностранной правовой системе». US District Court, Eastern District of New York, 27 January 1994, reproduced in *I.L.R.*, vol. 103, p. 581, at p. 585.

*ratione personae*¹⁸⁰. Повод для этого дал сам Суд, поставив в параграфе 51 своего решения иностранных дел в один ряд с некоторыми другими высокопоставленными должностными лицами государства, такими, в частности, как глава государства и глава правительства¹⁸¹. Иммунитет, которым пользуются высокопоставленные должностные лица, такие как главы государств, главы правительств и министры иностранных дел, защищает их от иностранной юрисдикции не только в связи с официальными действиями, но и в связи с действиями, совершенными ими в личном качестве. Последние не могут быть прямо присвоены государству. Иногда говорится, что иммунитетом *ratione personae*, т.е. персональным иммунитетом, соответствующие должностные лица пользуются «в некоторой степени в своем личном качестве»¹⁸². Если это утверждение и верно, то, как представляется, все же только благодаря словам «в некоторой степени». Неслучайно практически сразу вслед за упомянутой фразой Комиссия в комментарии к пункту 1(b)(v) проекта статьи 2 проектов Статей о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности указала: «Но даже такие иммунитеты предназначены не для личной пользы суверенов и послов, а для пользы представляемых ими государств — чтобы дать им возможность осуществлять представительские функции, а также эффективно выполнять свои официальные обязанности»¹⁸³.

93. Даже при функциональном обосновании иммунитета *ratione personae* соответствующих должностных лиц, как оно сформулировано Международным Судом и Комиссией, связь этого иммунитета с государством, на службе которого эти лица находятся, представляется очевидной. Иммунитет, которым они пользуются даже в отношении действий, совершенных в личном качестве

¹⁸⁰ Согласно D.Akande, «поскольку главам государств, дипломатам и другим должностным лицам, которым предоставляется иммунитет *ratione personae*, будет затруднительно осуществлять свои функции, если они подвергнутся аресту и задержанию во время пребывания в иностранном государстве», эти должностные лица облакаются абсолютным иммунитетом от уголовной юрисдикции иностранного государства». Akande, D. "International Law Immunities and the International Criminal Court," *A.J.I.L.*, Vol. 98 (2004), p. 407, at pp.409–410. St.Wirth отмечает, что «... как считает Суд, предоставление иммунитета главам государств и министрам иностранных дел аргументируется присутствием у них способностей исполнять свои функции». Wirth, S., *op.cit.*, at p. 879. Как отмечает S.De Smet, «... мотивировка концепции персонального иммунитета основывается на необходимости гарантировать беспрепятственное исполнение официальных функций...». De Smet S. "The immunity of Heads of States in US Courts after the Decision of the International Court of Justice," *Nordic Journal of International Law*, Vol. 72 (2003), p. 313, at p. 319.

¹⁸¹ Остается только предположить, каким было бы обоснование иммунитета, если бы речь в деле шла не о министре иностранных дел, а о главе государства. Отметим в этой связи то, как обосновывает иммунитет главы государства председатель Международного Суда Р. Хиггинс: «Ситуация с действующими главами государств по общему международному праву ясна. Глава государства рассматривается как персонификация суверенного государства, и полагающийся ему иммунитет проистекает из статуса». R. Higgins. "After Pinochet: Developments on Head of State and Ministerial Immunities. The *Incorporated Council of Law Reporting Annual lecture*", 2006, page 12, available at: www.lawreports.co.uk.
¹⁸² *Ежегодник ...* 1991, т. II (часть вторая), с. 19.

¹⁸³ Там же. Нельзя не отметить, что эта формулировка очень похожа на процитированную выше (пункт 85) формулировку, содержащуюся в параграфе 53 решения Международного Суда по делу *Об ордере на арест*.

(включая действия, совершенные до занятия должности), защищает их только потому, что это необходимо для их независимой от иностранного вмешательства деятельности на высших или высоких государственных постах, т.е. только потому, что он необходим в интересах государства, на службе которого они находятся. Этот иммунитет предоставляется только потому, что должность, занимаемая лицом в государстве, столь важна для суверенного, независимого функционирования государства. В этом смысле иммунитет *ratione personae* можно только условно назвать «персональным».

94. Государство стоит как за иммунитетом своего должностного лица от иностранной юрисдикции *ratione personae*, так и за иммунитетом последнего *ratione materiae*¹⁸⁴. Именно государству принадлежит право отказа от иммунитета, которым пользуется должностное лицо, будь то иммунитет *ratione personae* или *ratione materiae* (если речь идет о высокопоставленном должностном лице, находящемся на службе) или только иммунитет *ratione materiae* (если речь идет о любом должностном лице, оставившем государственную службу)¹⁸⁵. В конечном счете, иммунитет должностных лиц государства от иностранной юрисдикции принадлежит самому государству, поэтому только оно и имеет право от него отказаться.

95. Функциональное, представительское или функционально-представительское обоснования иммунитета должностных лиц государства являются, если можно так сказать, непосредственными обоснованиями. Одно государство не может путем осуществления своей уголовной юрисдикции в отношении должностных лиц другого государства мешать осуществлению этими лицами государственных функций, вмешиваться в деятельность по осуществлению этих функций, создавать препятствия для деятельности лиц, представляющих другое государство в международных отношениях, потому что, по сути, речь идет о деятельности другого суверенного государства. За функциональным, представительским или смешанным обоснованиями, как и много лет назад, стоят основополагающие принципы межгосударственных отношений. Еще в решениях по делу *The Schooner Exchange v. M'Faddon* 1812 г. и по делу *The Parlement Belge* 1880 г. в качестве обоснования иммунитета, в том числе иммунитета государства, главы государства, дипломатических представителей государства,

¹⁸⁴ Как сказал лорд Saville of Newdigate в деле *Пуночета*, «эти иммунитеты [иммунитеты *ratione personae* и *ratione materiae*] принадлежат не лицу, а соответствующему государству». *Pinochet No.3, I.L.M.*, vol. 38 (1999), p. 580, at p. 642.

¹⁸⁵ Как указывается в решении международного Суда по делу *Об ордере на арест*, должностные лица государства «будут прекращать пользоваться иммунитетом от иностранной юрисдикции, если государство, которое они представляют или представляли, решит от иммунитета отказаться». *Arrest Warrant case (Judgment)*, para. 61. О том, что только государство, на службе которого находится должностное лицо, имеет право отказаться от иммунитета, которым это лицо пользуется, см., например, *Brownlie I.*, op.cit., p. 335; *Wirth St.*, op. cit., p. 882. То, что право отказа от иммунитета дипломатических агентов, консульских должностных лиц и членов специальных миссий, принадлежит государству, зафиксировано соответственно в Венской конвенции 1961 (ст. 32), Венской конвенции 1963 г. (ст. 45) и Конвенции о специальных миссиях 1969 г. (ст. 41).

наряду с международной вежливостью указывались принципы «полного равенства» и абсолютной взаимозависимости суверенов, суверенных государств¹⁸⁶, отраженные применительно к осуществлению национальной юрисдикции в максиме *par in parem non habet imperium*. В современном международном праве эти принципы, трансформировавшись в принципы суверенного равенства государств и невмешательства во внутренние дела, продолжают служить правовым фундаментом иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции¹⁸⁷. На принципы суверенного равенства государств и *par in parem non habet imperium* как на обоснование иммунитета главы государства делались ссылки в деле Пиночета¹⁸⁸. На эти же принципы ссылался Международный трибунал для бывшей Югославии в деле *Blaskic* при рассмотрении вопроса о том, может ли он вызывать повесткой должностных лиц государства: «Обсуждаемая общая норма прочно утвердилась в международном праве, а базируется она на суверенном равенстве государств (*par in parem non habet iudi imperium*)»¹⁸⁹. В решении по делу *Адамова* в контексте вопроса об иммунитете бывшего члена Правительства России — бывшего министра атомной промышленности — Федеральный суд Швейцарии указал, что «иммунитет по международному праву призван не допустить сужение одним государством иммунитета другого государства и осуществление юрисдикции в отношении его суверенных актов и органов»¹⁹⁰. Эти принципы как основание иммунитета подтверждаются приведенными и многочисленными другими судебными

¹⁸⁶ В деле *The Parlement Belge* L.J. Brett указал: «Из всех этих дел выводится следующий принцип: как следствие абсолютной независимости всякой суверенной власти, а также международной вежливости, которая побуждает всякое суверенное государство уважать независимость и достоинство всякого другого, иностранного, государства, каждое из них отказывается осуществлять при посредничестве своих судов какую-либо территориальную юрисдикцию над личностью любого суверена...». Court of Appeal (UK), 27 February 1880, *Law Reports. Probate*, vol. 5, p. 203, at p. 214. В деле *The Schooner Exchange v. M'Faddon* C.J. Marshall указал: «Поскольку мир состоит из самостоятельных суверенных образований, которые обладают равными правами и равной независимостью и чьей взаимной пользе способствуют их сношения друг с другом, а также взаимный обмен добрыми услугами, какие диктуются человечеством и потребны для нужд его, все суверены согласились на практике на послабление, в случае некоторых особых обстоятельств, той абсолютной и полной юрисдикции на своей территории, каковую дарует суверенитет». Supreme Court of the United States, 1812, 7 Cranch, 116, at p. 136.

¹⁸⁷ «Из обычаев и практики государств следует, что принципиальные основы иммунитета государств в международном праве можно выразить в терминах суверенитета, независимости, равенства и достоинства государств. Представляется, что, соединяясь, все эти понятия образуют вместе прочную международно-правовую базу суверенного иммунитета. Как подсказывает сам термин, «иммунитет государства», или «суверенный иммунитет», выводится из принципа суверенитета... Стало устоявшейся нормой, что среди двух равных один не может осуществлять суверенную волю или власть над другим: "*par in parem non habet imperium*"». Sucharitkul S., *op.cit.*, p. 117.

¹⁸⁸ См., например, сноску 178.

¹⁸⁹ *Prosecutor v. Blaskic*, Appeals Chamber, Judgment on the request of the Republic of Croatia for review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997, 29 October 1997, para.41.

¹⁹⁰ Federal Tribunal, *Evgeny Adamov v. Federal Office of Justice*, Judgment of 22 December 2005, ATF 132 II 81, para. 3.4.2.

решениями¹⁹¹, приводятся как обоснование иммунитета должностных лиц самими государствами, в частности, в их представлениях в суды¹⁹², имеют широкую поддержку в доктрине¹⁹³.

96. Приведенные международно-правовые обоснования иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, в свою очередь, зиждутся на фундаментальных для государств и международного сооб-

¹⁹¹ Например, в решении по делу *Ч.Тэйлора* Апелляционная палата Специального Суда по Сьерра-Леоне указала, что принцип иммунитета государства вытекает из равенства суверенных государств, в силу которого одно государство не может рассматривать в судебном порядке поведение другого. Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Decision on Immunity from Jurisdiction, Case No. SCSL-2003-01-I, 31 May 2004, p. 24, para. 51; Европейский Суд по правам человека неоднократно указывал на то, что «суверенный иммунитет государств — это концепция международного права, сформировавшаяся из принципа *par in parem non habet imperium*, в силу которого одно государство не подлежит юрисдикции другого государства». Решение от 12 декабря 2002 г. о неприемлемости дела «Калогеропулу и другие против Греции и Германии», с. 8. См. также три решения ЕСПЧ, принятые 21 ноября 2001 г. по делам *Al-Adsani v. the United Kingdom* (Application No.35763/97, с. 17, para. 54), *McElhinney v. Ireland* (E.C.H.R., Application no. 31253/96, p. 12, para. 35) и *Fogarty v. the United Kingdom* (Application no. 37112/97, p. 12, para. 34). Согласно американской судебной практике, «иммунитет главы государства основывается на необходимости учтивости между нациями и уважения к суверенитету других государств». *In re Grand Jury Proceedings, Doe No. 700*, 817 F.2d 1108, 1110, Judgment of 5 May 1987, reproduced in *I.L.R.*, vol. 81, pp. 599–604, at p.601–602.

¹⁹² ДРК в своем меморандуме в Международный Суд в деле *Об ордере на арест* жаловалась на «...посягательство, которому подвергается ее суверенитет в лице члена ее правительства» и выражала намерение «добиваться того, чтобы возобладал принцип, имеющий существенное значение для существования отлаженных отношений между цивилизованными нациями, а именно уважение иммунитета лиц, которым поручено заниматься этими отношениями» (с. 11, п. 16 заявления). Согласно заявлению Джибути в Международный Суд в деле *Certain Questions of Mutual Legal Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, действия Франции в отношении президента Ismaël Omar Guelleh, «можно было бы воспринимать ... как посягательство на неприкосновенность и честь главы джибутийского государства, равно как и посягательство на суверенитет Джибути» (сс. 20–21, п. 41 заявления).

¹⁹³ Как отмечает Ch.Rousseau, «обоснование исключения из иностранной юрисдикции выводится обычно из принципа независимости государства ... Однако здесь можно усмотреть и следствие применения принципа равенства государств ... раз все ветви государственной власти юридически равны, ни одна из них не может покушаться на другую, если только ее действия не опираются на конвенционное основание, являющееся отступлением от общего права». Rousseau Ch., *Droit international public*, t. IV, Paris, 1980, pp. 9–10. Согласно А. Кассезе, персональный иммунитет «проистекает из понятия о том, что любая деятельность главы государства или правительства, дипломатического агента либо министра иностранных дел должна быть защищена от иностранной юрисдикции во избежание как того, чтобы иностранные государства посягали на суверенные прерогативы государств, так и того, чтобы они вмешивались в осуществление агентами иностранных государств своих официальных функций под тем предлогом, что речь идет о сугубо частном деянии». Cassese A., *op.cit.*, at p. 862. П. Дж. Тонер отмечает «важность ограждения государств от иностранного посягательства на принципиальное основание иммунитетов *ratione personae* и *ratione materiae*». Toner, Paul J., "Competing Concepts of Immunity: The Revolution of the Head of State Immunity Defense", *Penn State Law Review*, vol. 108 (2004) p. 899, at p. 902. См. также Bantekas, I.: «В своей более общей форме иммунитет ограждает политическую независимость соответствующего государства». Bantekas, I., "Head of State Immunity in the Light of Multiple Legal Regimes and Non-self-contained System Theories: Theoretical Analysis of ICC Third Party Jurisdiction Against the Background of the 2003 Iraq War", *Journal of Conflict & Security Journal*, vol. 10 (Spring, 2005), p. 21, at p. 32.

щества политических соображений. Признание иммунитета, необходимого для нормального функционирования государств, их представительства в международных отношениях, основывающегося на принципах суверенного равенства государств и невмешательства во внутренние дела, продиктовано требованиями обеспечения стабильности и предсказуемости межгосударственных отношений¹⁹⁴. В судебных решениях, позициях государств и доктрине ссылка на необходимость обеспечения стабильности в отношениях между государствами зачастую соседствует в обосновании иммунитета с упомянутыми международно-правовыми принципами. На необходимость поддержания нормальных межгосударственных отношений в качестве обоснования иммунитета ссылались суды еще в упомянутых решениях по делу *The Schooner Exchange v. M'Faddon* и по делу *The Parlement Belge*¹⁹⁵. Как отмечалось в деле *Адамова*, «главная цель иммунитета [находящихся в должности] членов правительства от уголовной юрисдикции и от мер принудительного и исполнительного производства состоит в сохранении политической стабильности. Иммунитет от уголовного преследования призван не допустить того, чтобы официальная деятельность должностного лица была парализована посредством выдвижения ему политически мотивированных обвинений»¹⁹⁶. При этом в решении 2001 года по делу *Tachiona v. Mugabe* окружной американский суд отметил, что «потенциал причинения ущерба дипломатическим отношениям между затронутыми суверенными государствами особенно велик в случаях... когда иностранный правитель оказывается в постыдном положении, будучи вынужденным отвечать на обращенные в его личный адрес обвинения в совершении гнусных преступлений»¹⁹⁷. Внешнеполитическое обоснование необходимости обеспечения иммунитета, как правило, присутствует, например, в представлениях

¹⁹⁴ Как отмечает Ч. Пирсон, «Иммунитет главы государства логически вытекает из государственного иммунитета, который, в свою очередь, вытекает из равного и независимого статуса наций. Иммунитет является сопутствующим симптомом по отношению к государственному суверенитету. Сущность суверенитета состоит в том, что нет власти выше государственной (*par in parem non habet imperium*). Если одно государство вынуждено подчиняться юрисдикции другого, это ущемляет его «достоинство». Наряду с этими теоретическими соображениями практическое обоснование государственного иммунитета заключается в том, что иммунитет поощряет уважение государствами друг друга и способствует поддержанию хорошо отлаженных международных отношений. Ключевое значение имеет взаимность. Государство, в котором находится суд, предоставляет иммунитет другим государствам, с тем чтобы они, в свою очередь, уважали иммунитет государства суда. [Примечания опущены Pierson Ch., “Pinochet and the End of Immunity: England’s House of Lords Holds that a Former Head of State is not Immune for Torture”, *Temp. Int’s & Comp. L. J.*, vol. 14 (Fall 2000), p. 263, at pp. 269–270.

¹⁹⁵ См. выше, пункт 95.

¹⁹⁶ Federal Tribunal, *Evgeny Adamov v. Federal Office of Justice*, Judgment of 22 December 2005, ATF 132 II 81, para. 3.4.2.

¹⁹⁷ United States District Court, S.D. N.Y., *Tachiona v. Mugabe*, 30 October 2001, No. 00 CIV. 6666 (VM), p. 20.

Государственного департамента США в американские суды при рассмотрении дел об иммунитете иностранных должностных лиц¹⁹⁸.

97. Принимая во внимание изложенное, можно сказать, что приведенные обоснования иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции являются взаимодополняющими и взаимосвязанными. По крайней мере, так во многих случаях они применяются судами, используются исполнительными властями государств, приводятся в доктрине.

9. Иммунитет должностных лиц государства, дипломатический и консульский иммунитеты

98. Дипломатические агенты, консульские должностные лица, члены специальных миссий, представители государства при международных организациях являются должностными лицами государства. В то же время они обладают специальным статусом, осуществляют особые функции — представительство государства в отношениях с другими государствами и международными организациями. Этот особый статус, роль этих должностных лиц в обеспечении отношений между государствами стали основой формирования специальных норм, регулирующих иммунитет данной категории должностных лиц от юрисдикции государства пребывания. Обобщенно иммунитеты этих лиц называют дипломатическими и консульскими, хотя, строго говоря, иммунитеты каждой из четырех упомянутых категорий должностных лиц регулируются нормами, содержащимися в различных источниках. Иммунитет дипломатических агентов — нормами обычного международного права, положениями Венской конвенции о дипломатических сношениях 1961 г.; иммунитет консульских должностных лиц — нормами обычного международного права, положениями Венской конвенции о консульских сношениях 1963 г., положениями двусторонних консульских конвенций; иммунитет членов специальных миссий —

¹⁹⁸ В решении американского окружного суда по делу бывшего директора Генеральной службы безопасности Израиля *А.Дичтера* содержится ссылка на Заявление правительства США: «В сущности, отход от этого международного консенсуса будет чреват серьезным ущербом интересам Соединенных Штатов в силу вероятной реакции иностранных юрисдикций. С учетом роли мирового лидера, которую призваны играть Соединенные Штаты, их должностные лица в особой степени подвержены опасности политически мотивированных судебных процессов за рубежом, в том числе исков о компенсации ущерба, вытекающего из якобы совершенных военных преступлений. Использование иммунитета как средства защиты представляет собой важнейший способ нейтрализации этих исков во избежание ненужного беспокойства и дипломатической напряженности, с которыми было бы сопряжено их дальнейшее рассмотрение. Поэтому крайне важно, чтобы американские суды признавали такую же возможность защиты через иммунитет для иностранных должностных лиц, ибо любой отказ сделать это легко может привести к тому, что иностранные юрисдикции будут, в свою очередь, отказывать в такой защите американским должностным лицам». *United States, District Court for the Southern District of New York, Ra'Ed Mohamad Inrahim Matar, et al., Plaintiffs, v. Avraham Dichter, former Director of Israel's General Security Service, Defendant*, 2 May 2007, 500 F. Supp. 2d 284. Текст заявления Правительства США доступен на сайте Государственного департамента США: <http://www.state.gov/documents/organization/98806.pdf>, текст решения — на сайте http://ccrjustice.org/files/Matar%20v.%Dichter_Decision.pdf, p. 10.

положениями Конвенции о специальных миссиях 1969 года¹⁹⁹. Наконец, иммунитет представителей государства при международных организациях регулируется положениями договоров о привилегиях и иммунитетах соответствующих организаций или об их штаб-квартире. Будучи отраженными в международных договорах, иммунитеты разных категорий должностных лиц государства, безусловно, обладают значительно большей определенностью, нежели иммунитет остальных должностных лиц государств.

99. Можно, по-видимому, сказать, что должностные лица государства, являющиеся дипломатическими агентами, консульскими должностными лицами, членами специальных миссий или представителями при международных организациях, пользуются как иммунитетами, общими для всех должностных лиц, так и специальными иммунитетами, предоставляемыми международным правом этим специальным категориям должностных лиц. В обычной ситуации эти лица пользуются соответствующими специальными иммунитетами. Однако возможны ситуации, когда эти лица пользуются не специальным, а обыкновенным иммунитетом должностного лица государства от иностранной и уголовной юрисдикции. Бывают, например, случаи, когда аккредитованный в одном государстве дипломатический агент направляется аккредитуемым государством для участия в мероприятии на территории третьего государства. В этом случае это лицо пользуется не дипломатическим иммунитетом, а обыкновенным иммунитетом должностного лица от юрисдикции этого третьего государства²⁰⁰.

100. Нередко иммунитет главы государства приравнивается к дипломатическому иммунитету. Иногда таким образом решается вопрос об иммунитете главы иностранного государства в соответствии с национальным законодательством²⁰¹. В других случаях аналогию между иммунитетом главы иностранного

¹⁹⁹ Вопрос о том, существуют ли обычные нормы международного права, регулирующие статус членов специальных миссий, требует дополнительного изучения. Число участников этой Конвенции, как уже отмечалось, невелико. Кроме того, чтобы члены специальной миссии пользовались иммунитетом, предоставляемым этой Конвенцией, необходимо соблюдение ряда определенных ею условий.

²⁰⁰ Как отмечает St. Wirth, «[д]ипломаты и консульские представители являются государственными должностными лицами и поэтому пользуются защитой не только в силу дипломатического иммунитета, но и в силу государственного иммунитета (*ratione materiae*). Эта защита необходима в отношении третьих государств, которые не связаны правилами о дипломатическом или консульском иммунитете». Wirth St., *op.cit.*, pp. 883–884.

²⁰¹ О законодательстве Великобритании и Австралии на сей счет см. выше, пункт 37.

государства и дипломатическим иммунитетом проводят власти государства, осуществляющие юрисдикцию²⁰².

101. О функционально-представительском обосновании дипломатического и консульского иммунитета говорилось выше²⁰³. Что касается международно-правового и политического обоснований этих иммунитетов, то, как отмечает М. Шоу, «специальные привилегии и иммунитеты в отношении дипломатического персонала различного рода сформировались отчасти вследствие суверенного иммунитета и независимости и равенства государств, а отчасти в качестве неотъемлемого требования международной системы. Государствам надлежит вести переговоры и консультироваться друг с другом и с международными организациями, а для этого им нужны дипломатические сотрудники. Поскольку эти лица различным образом представляют свои государства, они, соответственно, подпадают под действие юридического принципа государственного суверенитета»²⁰⁴. Таким образом, дипломатический и консульский иммунитеты имеют те же обоснования, что и иммунитеты должностных лиц государства²⁰⁵.

²⁰² Так, в решении по делу *Tachiona v. Mugabe* окружной суд Нью-Йорка отметил: «... масштабы защиты распространяют на глав государств уровень иммунитета от территориальной юрисдикции в минимальной степени, сопоставимой с той, которую обеспечивают договоры и широко признанные нормы обычного права дипломатическим и консульским должностным лицам... Как отметил один из судов, было бы аномальным, чтобы государства наделяли своих иностранных посланников за рубежом дипломатическими привилегиями и иммунитетами свыше тех, которые они признают для глав государств». U.S. District Court, S.D. New York, 30 October 2001. Есть примеры и того, как путем предоставления дипломатического иммунитета, путем применения Венской конвенции 1961 г. решается вопрос об иммунитете других высокопоставленных должностных лиц. Р. Хиггинс, в частности, описывает следующую ситуацию: «переходя... к иммунитету всех видов старших должностных лиц, следует обратить внимание на недавний министерский указ Schweizerische Bundesanwaltschaft. Указ от 8 мая 2003 года воспрепятствовал возбуждению Ассоциацией солидарности с жертвами войны против Ирака судебного иска в отношении Джорджа Буша, Дика Чейни, Дональда Рамсфельда, Колина Пауэлла, Кондолизы Райс, Билла Клинтона, Тони Блэра, Джэка Стро и других за преступление против человечности, геноцид и военные преступления. В указе, в частности, говорилось, что за неимением ордера международного суда или трибунала президент Буш пользуется абсолютным иммунитетом. Затем указ сослался на Венскую конвенцию о дипломатических сношениях 1962 года и на основании статьи 31(1) предоставил иммунитет министрам и «высокопоставленным лицам», отметив, что в международном праве отсутствуют точные нормы в отношении ситуации высокопоставленных лиц и юриспруденция продолжает развиваться. Higgins R., *After Pinochet: developments on head of state and ministerial immunities*. The Incorporated Council of Law Reporting Annual lecture 2006, p. 4. available at www.lawreports.co.uk.

²⁰³ См. выше, пункты 86, 87.

²⁰⁴ Shaw M.N., *International Law*, fifth ed., Cambridge, 2003, pp. 668–669.

²⁰⁵ В конечном счете, за всеми иммунитетами всех должностных лиц государства от иностранной юрисдикции стоит иммунитет самого государства. На это обращала внимание Комиссия международного права в комментариях к Проектам статей о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности: «Тот факт, что иммунитеты, которыми пользуются представители правительств, каковы бы ни были их конкретные характеристики, дипломатические, консульские или иные, в конечном счете, представляют собой государственные иммунитеты, никогда не подвергался сомнению. Скорее он недостаточно учитывался». *Yearbook ... 1991*, Vol. II (Part Two), p. 18, footnote 44.

С. Резюме

102. Резюмируя первую часть предварительного доклада, можно сформулировать, в частности, следующие тезисы.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

к) Иммунитет должностного лица от иностранной уголовной юрисдикции имеет несколько взаимодополняющих и взаимосвязанных обоснований:

функционально-представительское; международно-правовые принципы суверенного равенства государств и невмешательства во внутренние дела; необходимость обеспечения стабильности международных отношений и независимого осуществления государствами их деятельности.

V. Вопросы, которые целесообразно рассмотреть для определения сферы охвата темы

A. Границы темы

103. Очерчивая границы рассматриваемой темы, следует, прежде всего, отметить следующее. Во-первых, речь идет только об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции. Это означает, что предметом рассмотрения в рамках данной темы не являются *per se* вопросы иммунитета от международной уголовной юрисдикции и вопросы иммунитета от национальной гражданской или национальной административной юрисдикции. Вопрос об иммунитете от международной уголовной юрисдикции, как представляется, принципиально отличается от вопроса об иммунитете от национальной уголовной юрисдикции. Международная уголовная юрисдикция имеет иную правовую природу. Она осуществляется международными судами или трибуналами. Такие суды и трибуналы создаются и, соответственно, обладают юрисдикцией и осуществляют ее на основании международного договора или решения компетентной международной организации, т.е. на основании мандата, полученного от самих государств или, как отмечалось в решении Специального суда по Сьерра-Леоне по делу *Ч. Тэйлора*, от международного сообщества²⁰⁶. Принцип суверенного равенства государств, выражающийся в формуле *par in parem non habet imperium*, который является фундаментальным международно-правовым обоснованием иммунитета должностных лиц государства от иностранной юрисдикции, не может быть обоснованием иммунитета от международной юрисдикции²⁰⁷. Отсутствие иммунитета должностных

²⁰⁶ Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Decision on Immunity from Jurisdiction, Case No. SCSL-2003-01-1, 31 May 2004, para. 51.

²⁰⁷ «Причина, хотя и не совершенно очевидная, для такого различия между национальными и международными судами, как представляется, состоит в этой связи в принципе, согласно которому одно суверенное государство неправомерно выносить судебные решения о поведении другого государства; принцип государственного иммунитета вытекает из равенства суверенных государств и поэтому не имеет значения в международных уголовных трибуналах, которые не являются органами государства, а получают свои мандаты от международного сообщества». Ibid. Речь, естественно, идет о тех случаях, когда в соответствии с учредительными документами соответствующего международного суда или трибунала у государства имеются международно-правовые обязательства, лишające его должностных лиц права пользоваться иммунитетом от юрисдикции данного суда или трибунала. В то же время принцип суверенного равенства может быть в некоторых случаях и обоснованием иммунитета от международной уголовной юрисдикции, например, в ситуации, когда должностное лицо государства, не являющегося стороной Статута Международного уголовного суда, находится на территории государства-участника Статута, и в отношении этого лица имеется запрос о его передаче Суду. Как отмечает Х. Фокс, «государственный иммунитет может выступать в качестве препятствия в разбирательствах в международном трибунале — например, в Римском статуте... предусматривается, что на государство нельзя возлагать обязательство по передаче в Международный уголовный суд находящегося на его территории лица, которое,

лиц государства от международной уголовной юрисдикции в соответствии с международно-правовыми документами, на основании которых такая юрисдикция осуществляется, не является ни поводом утверждать, что таким образом отсутствует и иммунитет должностных лиц государства от национальной юрисдикции, ни доказательством отсутствия такого иммунитета. Что касается иммунитета должностных лиц государства от других видов национальной юрисдикции — гражданской и административной, — то, хотя сами по себе вопросы такого иммунитета не являются предметом рассмотрения в рамках данной темы, примеры их анализа в практике государств и доктрине вполне релевантны для настоящей темы, поскольку международно-правовая основа иммунитетов должностных лиц государства от различных видов иностранной юрисдикции одна и та же.

104. Во-вторых, речь идет об иммунитете должностных лиц государства, который основывается на международном праве. Иммунитет должностным лицам другого государства может предоставляться и на основании национального права. Однако наделение иммунитетом в соответствии с национальным правом представляет интерес в рамках настоящей темы только с точки зрения того, что соответствующие положения национального права могут рассматриваться как одно из свидетельств существования норм обычного международного права в данной сфере.

105. В-третьих, речь идет об иммунитете должностных лиц одного государства от юрисдикции другого государства. Это означает, что в рамках настоящей темы не имеется в виду рассматривать *per se* вопросы об иммунитете должностных лиц от юрисдикции собственного государства.

В. Сфера охвата по кругу лиц

1. Все должностные лица; определение понятия «должностное лицо государства»

106. Существуют различные варианты определения круга лиц, иммунитеты которых следует рассматривать в рамках настоящей темы и на которых могли бы распространяться проекты руководящих принципов или проекты статей, которые могли бы быть подготовлены в результате рассмотрения. В частности, во-первых, можно вести речь только о трех должностных лицах, прямо упомянутых в решении Международного Суда *Об ордере на арест* и в Конвенции о специальных миссиях 1969 года, т.е. о главах государств, главах правительств и министрах иностранных дел; во-вторых, можно вести речь о всех высокопоставленных должностных лицах государства, которые пользуются иммунитетом в силу занимаемой ими должности; в-третьих, можно вести речь о всех должностных лицах государства, как действующих, так и бывших. Последний вариант полностью соответствовал бы заявленной теме, и он представляется предпочтительным.

будучи представителем другого государства, пользуется дипломатическим иммунитетом; однако его главное значение сопряжено с его воздействием на юрисдикцию национального суда». Fox H., *International law and restraints on exercise of jurisdiction by national courts of States*, in Evans M.D. (ed.), *op.cit.*, p. 363.

107. В практике государств, в частности в решениях национальных судов, и в доктрине широко признается, что все должностные лица государства пользуются иммунитетом от иностранной уголовной юрисдикции в отношении действий, совершенных ими в официальном качестве, или иммунитетом *ratione materiae*. Как отметил лорд Браун-Уилкинсон в деле *Пиночет 3*, «иммунитет *ratione materiae* применим не только к бывшим главам государства и бывшим послам, но и ко всем должностным лицам государства, которые были вовлечены в выполнение функций этого государства. Такой иммунитет необходим, чтобы было невозможно обойти иммунитет государства путем судебного преследования его должностных лиц, которые, к примеру, непосредственно применяли пытки, в том случае, если возбуждению дела против главы государства препятствует доктрина государственного иммунитета...»²⁰⁸. Таким иммунитетом должностные лица государства обладают независимо от уровня занимаемой ими должности. Например, в 2006 г. в деле *Belhas et Others v. Moshe Ya'alon* окружной суд США признал иммунитет М. Яалона²⁰⁹, возглавлявшего

²⁰⁸ Pinochet No.3, *I.L.M.*, vol.38 (1999), p. 580, at p. 594. Аналогичное обоснование необходимости распространения иммунитета *ratione materiae* на всех должностных лиц государства было дано английским судом в деле *Propend Finance Pty Ltd. v. Sing*: «Защита, обеспечиваемая государствам Актом 1978 года, будет подорвана, если окажется возможным подавать иски на сотрудников, должностных лиц (или, как их именует один орган, «чиновников») применительно к вопросам государственного поведения, в отношении которых государства, которым они служат, пользуются иммунитетом. Раздел 14(1) следует читать в качестве обеспечивающего индивидуальным сотрудникам или должностным лицам иностранного государства защиту на тех же основаниях, которые защищают само государство». High Court, Queen's Bench Division, 14 March 1996, reproduced in *I.L.R.*, vol. 11, p. 611. В деле *Jones No. 1* лорд Филипс заметил: «Достоинство государства может также быть попорчено, если тем, кто является или являлся его должностными лицами, предъявляется иск в отношении ведения его дел в судах другого государства. В этих обстоятельствах государство, как правило, может распространять свой собственный иммунитет на этих должностных лиц. Можно сказать, что возбуждение дела против этих должностных лиц косвенно означает предъявление иска государству» (пункт 105). Наконец, в деле *Jones No. 2* лорд Bingham of Cornhill указал на «массу оснований полагать, что в таком случае иностранное государство имеет право сослаться на иммунитет своих служащих, как если бы иск был подан собственно в его отношении. Право иностранного государства на иммунитет нельзя обойти посредством возбуждения производства в отношении его служащих или представителей» (пункт 10).

Согласно С. Wickremasinghe, «представляется, что, согласно доктрине государственного иммунитета, прочие государственные должностные лица [помимо глав государств, глав правительств и министров иностранных дел] пользуются иммунитетом *ratione materiae* в отношении действий, совершенных ими при исполнении служебных обязанностей, от юрисдикции судов других государств, если воздействие разбирательства может подорвать или сделать тщетным иммунитет работодателя...». Wickremasinghe, С., *op.cit.*, p. 403. See also Forcese C., «De-immunizing Torture: Reconciling Human Rights and State Immunity», *McGill L.J.*, vol. 52 (Spring, 2007), p. 127, at pp. 138–139.

²⁰⁹ US District Court for the D.C., *Belhas et Others v. Moshe Ya'alon*, 14 December 2006, 466 F. Supp. 2d 127. Суд определил как «бесспорный» тот факт, что М.Яалон во время атаки действовал в официальном качестве и что его действия были обусловлены необходимостью защиты интересов израильского государства. Основанием для такого вывода, главным образом, послужило письмо посла Израиля в США на имя заместителя Государственного секретаря США по политическим вопросам. В нем, в частности, утверждалось, что все действия М. Яалона были совершены им в рамках служебных обязанностей и что его действия являются «суверенными действиями Израиля, санкционированными правительством Израиля с целью защиты собственных граждан от террористических атак», а также что «принятие к производству иска против бывшего

во время событий, в связи с которыми ему был предъявлен иск, разведывательную службу армии Израиля, а французский Кассационный суд в 2004 году признал иммунитет от уголовной юрисдикции директора морского регистра Мальты в связи с действиями, совершенными им в официальном качестве²¹⁰.

108. Термин «должностное лицо государства» широко используется на практике, в том числе в судебных решениях, и в доктрине. Однако определение понятия «должностное лицо государства» в международном праве, по крайней мере, в универсальных международных договорах, отсутствует. Что касается доктрины, то можно отметить, например, определение, данное Ф. Пржетажником: «Должностным лицом иностранного государства является лицо, которое либо, согласно его законам, имеет юридические полномочия выступать в качестве его официального представителя (глава государства, глава правительства или министр иностранных дел) и уполномочено направляющим государством выступать в качестве его представителя (дипломатический агент или имеющий дипломатический статус член специальной миссии), либо уполномочено официально действовать от его имени (консульский сотрудник, имеющий дипломатический статус член постоянного представительства в международной организации или имеющий дипломатический статус член делегации на международной конференции) в принимающем государстве»²¹¹. В этом определении круг должностных лиц государства, по сути, ограничивается теми лицами, которые представляют государство в международных отношениях. Между тем, официальные функции, в связи с которыми должностные лица государства пользуются иммунитетом, не сводятся к такому представительству. Отметим в этой связи и другое высказывание только что процитированного автора: «Основополагающим элементом концепции «должностного лица иностранного государства» является то, что оно должно либо представлять это государство, либо официально выступать от его имени, или и то и другое»²¹². Действия от имени государства осуществляются должностными лицами не только в области внешних сношений, но и во всех сферах осуществления государством его властных прерогатив. Полномочиями представлять государство или иным образом действовать от его имени лицо наделяется этим государством в соответствии с правом или практикой последнего. Наряду с термином «должностное лицо государства» используются термины «представитель государства»²¹³, «агент

должностного лица Израиля равносильно возбуждению производства против самого Израиля». Установив, что Яалон действовал в официальном качестве, суд посчитал, что его действия могут рассматриваться как действия государственного органа/учреждения по смыслу вышеупомянутого FSIA.

²¹⁰ Согласно французскому Кассационному суду, «... международно-правовой обычай, препятствующий производству иска в отношении государств в уголовных инстанциях иностранного государства распространяется на органы или образования, выступающие продолжением государственной власти, а также на их представителей в силу актов, которые, как в данном случае, относятся к суверенитету соответствующего государства...». *Arrêt de la Cour de Cassation, chambre criminelle*, 23 novembre 2004, publié au *Bulletin Criminel* 2004, No.292, p. 1096. Текст решения доступен на <http://www.legifrance.com/>.

²¹¹ Przetacznik Fr. "Basic Principles of International Law concerning the protection of the officials of foreign states", доклад на тридцать первой ежегодной конвенции ассоциации международных исследований в Вашингтоне, 11 апреля 1990 года, стр. 52.

²¹² Ibid.

²¹³ См., например, пункт 1 (b)(iv) статьи 2 Конвенции о юрисдикционных иммунитетах

государства»²¹⁴, «орган государства»²¹⁵. Последний термин используется в Статьях об ответственности государств за международно-противоправные деяния и включает в себя, согласно пункту 2 статьи 4, «любое лицо или любое образование, которое имеет такой статус по внутригосударственному праву»²¹⁶. В комментарии к указанной статье Комиссия отмечает, что «под органами государства» понимаются не только органы центральной власти, высокопоставленные должностные лица и лица, отвечающие за внешние сношения государства, но и органы власти любого рода или категории, независимо от их функций и положения в системе государства...»²¹⁷. Поскольку термин «орган государства» охватывает индивидуальных должностных лиц, но не ограничивается ими, использование его для целей настоящей темы представляется нецелесообразным. По крайней мере, на данном этапе можно было бы продолжать использовать термин «должностное лицо государства». Если Комиссия в дальнейшем сочтет целесообразным определить этот термин или каким-то иным образом раскрыть его содержание, то использованный ею подход к формулированию пункта 2 статьи 4 Статей об ответственности государств, мог бы быть полезным *mutatis mutandis* и для настоящей темы.

2. Должностные лица, пользующиеся иммунитетом *ratione personae*

109. Как уже отмечалось, все должностные лица государства пользуются иммунитетом *ratione materiae* от иностранной уголовной юрисдикции и лишь некоторые должностные лица пользуются иммунитетом *ratione personae*. Можно ли определить круг таких лиц? До сих пор этого сделать не удавалось. Можно напомнить о трудностях, которые испытывала в этой связи Комиссия при работе над проектами статей о специальных миссиях, о представительстве государств в их отношениях с международными организациями и о предотвраще-

государств и их собственности. В комментариях к этому положению (оно содержалось в пунктах 1 (b)(v) проекта статьи 2) Комиссия указывала, что категория представителей государства, действующих в этом качестве, охватывает всех физических лиц, которые уполномочены представлять — “all the natural persons who are authorized to represent the State in all its manifestations”. *Yearbook ... 1991*, Vol. II (Part Two), p. 18.

²¹⁴ См., например, Verhoeven, J. «Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international», dans: Verhoeven J. (sous la direction de), *Le Droit International des Immunités: Contestation ou Consolidation?*, Bruxelles, L.G.D.J., 2004, p. 64. А. Борджи использует (в том числе в названии своей книги) термин «les dirigeants politiques». Borghi A., *op.cit.*

²¹⁵ Термин «орган государства» использовался, например, сторонами в деле *О некоторых вопросах, касающихся взаимной правовой помощи по уголовным делам* применительно к Генеральному прокурору и Руководителю службы национальной безопасности Джибути. Советник Франции А. Пелле в ходе устных слушаний согласился с советником Джибути Л. Кондорелли, что «что касается качеств, то органы государства выполняют не свои индивидуальные функции, а функции государства». Однако, по его мнению, «за исключением нескольких органов или категорий органов, которые можно пересчитать на пальцах одной руки (глава государства, министр иностранных дел, глава правительства и дипломаты, в различной степени), совершенно недопустимо, «чтобы можно было полагать, будто лица, на которые возложено исполнение функций государственного органа, даже высокого ранга, пользуются личными иммунитетами (т.е. *ratione personae*), мало-мальски сопоставимыми с теми, которые международное право гарантирует в отношении высших органов государства!». Международный Суд, документ CR2008/5, *audience publique*, 25 janvier 2008, para. 45.

²¹⁶ *Yearbook ... 2001*, vol. II (Part Two), p. 40.

²¹⁷ *Ibid.*, para. 6.

нии и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой²¹⁸.

110. Прежде всего, к числу лиц, пользующихся персональным иммунитетом, безусловно, относятся главы государств. Их персональный иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции имеет максимально широкое подтверждение на практике и в доктрине²¹⁹. Однако главами государств рассматриваемый круг лиц не исчерпывается. Если раньше речь шла только о персональном иммунитете главы государства (и послов), то теперь круг должностных лиц, пользующихся таким иммунитетом, стал расширяться²²⁰. Для этого существуют

²¹⁸ См. выше, пункты 18-20, 23.

²¹⁹ «Главы государств... пользуются абсолютным юрисдикционным иммунитетом во всех иностранных государствах в отношении всех деяний, которые обычно подпадали бы под юрисдикцию этих государств, в какой бы связи эти деяния ни совершались». *Marcos and Marcos v. Federal Department of Police*, Swiss Federal Tribunal, 2 November 1989, reproduced in *I.L.R.*, vol. 102, p. 198, at p. 203. «Главы государств, пользующиеся признанием правительства Соединенных Штатов, имеют абсолютный иммунитет в отношении своей личности в судах Соединенных Штатов, если только от этого иммунитета не был произведен отказ согласно статуту или иностранным правительством, признанным Соединенными Штатами». *Lafontant v. Aristide*, US District Court, Eastern District of New York, 27 January 1994, reproduced in *I.L.R.*, vol. 103, p. 581, at pp. 84–585. «Уходящая своими корнями в обычное международное право доктрина иммунитета глав государств предусматривает, что глава государства не подпадает под юрисдикцию иностранных судов, по меньшей мере применительно к действиям, совершенным правителем при исполнении своих служебных обязанностей в течение срока своих полномочий». *United States v. Noriega and Others*, United States District Court, Southern District of Florida, 8 June 1990, reproduced in *I.L.R.*, vol. 9, p. 143, at p. 161. «Ввиду того, что международное обычное право препятствует тому, чтобы главы государств в течение срока своих полномочий могли в отсутствие предусматривающих иное международно-правовых положений, применимых к соответствующим сторонам, становиться объектом судебного преследования в уголовных инстанциях иностранного государства». *Affaire Kaddafi*, arrêt de la Cour de cassation, chambre criminelle, du 13 mars 2001, publié au Bulletin criminel 2001 N°64 p. 218. «Если международное право с течением времени эволюционирует, то международное обычное право, нашедшее воплощение в нашем общем праве, в настоящее время предусматривает абсолютный иммунитет какого бы то ни было главы государства». *Mugabe*, Bow Street, 14 January 2004, reproduced in *Int'l & Comp. L.Q.*, vol. 53 (July 2004), p. 770.

Согласно А. Уаттсу, «что касается уголовных разбирательств, то иммунитет главы государства обычно признается в качестве абсолютного...». Watts, A., op.cit., p. 54. Y.Simbeуе также отмечает, что «в течение срока своих полномочий глава государства, занимая высшую должность и будучи представителем своего государства, пользуется иммунитетом от юридических исков в иностранных судах». Op.cit., p. 94. Как отмечает Верховен, «каковы бы ни были неопределенные аспекты уголовной ответственности представителей государства, глава государства, несомненно, пользуется абсолютным иммунитетом от уголовной ответственности в рамках юрисдикций иностранного государства. Абсолютный характер иммунитета не допускает каких бы то ни было исключений, например в силу характера правонарушения, вменяемого ему, или даты его совершения». Verhoeven J., «Les immunités de jurisdiction et d'exécution. Rapport provisoire» (décembre 2000), *Annuaire de l'Institut de Droit international*, vol. 69 (2000–2001), p. 516. См. также Higgins R., op.cit., pp. 12–13.

²²⁰ «В сущности, существует тенденция к распространению на «высокопоставленных лиц», сообразно с формулой Нью-Йоркской конвенции о специальных миссиях от 16 декабря 1969 года, режима специальной защиты, предусматривающего какие-либо конкретные иммунитеты». Verhoeven, J., op. cit., p. 65.

объективные причины²²¹. Характер, структура управления государством изменились. Функции по управлению современным государством, обеспечению его суверенитета, его представительству в международных отношениях, раньше сосредоточенные в руках главы государства, теперь в значительной степени принадлежат главе правительства, членам правительства и, прежде всего, министрам иностранных дел. Глава правительства во многих странах играет большую роль в управлении государством, чем глава государства. Отсюда необходимость обеспечить максимальную независимость, максимальную безопасность от вмешательства других государств деятельности не только главы государства, но и некоторых других наиболее значимых для государства должностных лиц, и тем самым защитить суверенитет самого государства в отношениях с другими государствами. Прежде всего, к категории должностных лиц, пользующихся персональным иммунитетом, стали, наряду с главами государств, причислять глав правительств и министров иностранных дел.

111. Главы государств, главы правительств и министры иностранных дел составляют, если можно так сказать, коренную тройку должностных лиц государства, пользующихся персональным иммунитетом. Только эти три категории лиц в соответствии с международным правом считаются в силу своих функций и, соответственно, должности представляющими государство в международных отношениях. Только эти лица, в частности, могут подписывать международные договоры от имени своего государства без необходимости предъявления полномочий (пункт 2 статьи 7 Венской конвенции о праве международных договоров). Особый статус и, соответственно, особый характер иммунитета глав правительств и министров иностранных дел, наряду с особым статусом и иммунитетом глав государств, подтвержден в статье 21 Конвенции о специальных миссиях 1969 года, в пункте 1(a) статьи 1 Конвенции о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся дипломатической защитой, включая дипломатических агентов, 1973 год, в статье 50 Конвенции о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера 1975 года. Также эти должностные лица, вместе с главами государств, выделены Международным Судом в решении по делу *Об ордере на арест* среди некоторых высокопоставленных должностных лиц государства, пользующихся иммунитетом от иностранной юрисдикции. Напомним, что в параграфе 51 решения Суд указал, что «в международном праве твердо установлено, что, как и дипломатические и консульские представители, некоторые лица, занимающие высокие должности в государстве, как то глава государства, глава правительства и министр иностранных дел, пользуются иммунитетами от юрисдикции в других государствах, в плане как гражданской, так и уголовной ответственности»²²².

112. Есть также примеры признания иммунитета главы правительства от иностранной юрисдикции в решениях национальных судов. Так, в 1988 г. в деле

²²¹ Как отмечает П. Тонер, «Современные политические реалии, в которых функционируют суверенные государства, более не предусматривают строгого разграничения функций и полномочий между министрами, входящими в правительство. Должности министра иностранных дел и многие другие видные министерские позиции в настоящее время представляют государство таким же образом, как и глава государства. Поэтому основания, на которых иммунитетом пользуется глава государства, могут распространяться на других министров в большей степени, чем признавалось ранее». Toner P.J., *op. cit.*, pp. 912–913.

²²² *I.C.J. Reports*, 2002, pp. 20–21, para. 51.

Saltan and Others v. Reagan and Others окружной суд США признал иммунитет от юрисдикции премьер-министра Великобритании М.Тэтчер, согласившись с мнением Государственного департамента США на сей счет²²³. В 2003 г. Кассационный суд Бельгии в деле *А. Шарона* указал, что «международное обычное право не допускает, чтобы главы государств и правительств в течение срока своих полномочий могли при отсутствии предусматривающих обратное международно-правовых положений, применимых к соответствующим государствам, становиться объектом судебного преследования в уголовных инстанциях иностранного государства»²²⁴. Тем самым бельгийский суд вслед за Международным Судом подтвердил, что иммунитет не только главы государства, но и главы правительства от иностранной уголовной юрисдикции основан на международном обычном праве.

113. Известен случай признания иммунитета главы иностранного правительства на досудебной стадии уголовного процесса в России. В 2005 г. планировался визит в Россию премьер-министра Украины Ю.Тимошенко, в отношении которой до ее назначения на этот пост в России было возбуждено уголовное дело. Накануне визита Генеральный прокурор Российской Федерации заявил, что у премьер-министра Украины не будет проблем, если она захочет приехать в Россию, поскольку высшие руководители государств, к которым относится глава правительства, пользуются иммунитетом²²⁵.

114. Помимо дела *Об ордере на арест*, информация о делах, в которых рассматривался бы вопрос об иммунитете министров иностранных дел, практически отсутствует. Известно, что в 1963 г. американский суд отказался рассматривать иск против министра иностранных дел Кореи, следуя «предложению об иммунитете» исполнительной власти США. Однако следует иметь в виду, что наряду с указанием на то, что министры иностранных дел пользуются иммунитетом от юрисдикции судов США в соответствии с обычным международным правом, в «предложении» Государственного департамента упоминалось и признание дипломатического статуса министра иностранных дел Кореи, поскольку в данном случае он находился с официальным визитом в США²²⁶. В 2001 г. окружной суд США согласился с «предложением об иммунитете», представленным исполнительной властью в отношении министра иностранных дел Зимбабве в деле *Tachiona v. Mugabe*²²⁷.

²²³ *Saltan and Others v. Reagan and Others*, US District Court, District of Columbia, 23 December 1988, reproduced in *I.L.R.*, vol. 80, pp. 19–24.

²²⁴ *H.S.A. et al. v. S.A. et al.*, Decision related to the indictment of Ariel Sharon, Amos Yaron and others, Belgian Court of Cassation, No. P.02.1139.f, 12 February 2003, reproduced in *I.L.M.* vol.42, 2003, pp. 596–605.

²²⁵ Текст этого заявления см. на веб-сайте: <http://www.newsru.com/russia/15feb2005/timoshenko.html>.

²²⁶ *Chong Boon Kim v. Kim Yong Shik and David Kim*, Circuit Court of the First Circuit, State of Hawaii, 9 September 1963, reproduced in *I.L.R.*, vol. 81, pp. 604–605. В «предложении об иммунитете» в данном деле говорилось об иммунитете по обычному праву не только иностранного министра иностранных дел, но и иностранного главы правительства. Следует также отметить, что в существовавшей в то время редакции *Restatement of Foreign Relations Law of the United States* 1962 г. указывалось, что глава правительства и министры иностранных дел государства пользуются в отношении официальных и частных актов таким же иммунитетом, как и глава государства. *Restatement (Second) of Foreign Relations Law of the United States*, St. Paul, American Law Institute, 1962, para. 66, 200 and 202.

²²⁷ District Court for the Southern District of New York, *Tachyon v. Mugabe* (“*Tachiona I*”), Judgment of 30 October 2001, 169 F.Supp.2d 259, Judgment of 30 October 2001, p.297.

115. Скудность информации о практике, включая судебные решения по вопросу об иммунитете министра иностранных дел, дала основание судье Van Den Wyngaert в особом мнении в деле *Об ордере на арест* утверждать, что «нет никаких оснований полагать, что государство обязано предоставлять иммунитет от уголовного преследования пребывающему в должности министру иностранных дел согласно обычному международному праву. Выдав и распространив ордер, Бельгия, возможно, нарушила международную учтивость. Однако она не нарушала никаких международно-правовых обязательств»²²⁸. Мнение о том, что министры иностранных дел не обладают персональным иммунитетом, высказывалось и в доктрине, в том числе после решения по делу *Об ордере на арест*²²⁹. В то же время мнение Международного Суда, изложенное в указанном решении, за которое проголосовало подавляющее большинство судей, разделяется рядом авторов²³⁰.

116. На упомянутое решение Международного Суда об иммунитете министра иностранных дел ссылались в своем обращении в Суд Республика Конго в деле *Certain Criminal Proceedings in France*, а также Джибути и Франция в деле *О некоторых вопросах, касающихся взаимной правовой помощи по уголовным делам*. При этом стороны соглашались с точкой зрения Суда²³¹.

117. Как уже отмечалось, в статье 21 Конвенции о специальных миссиях 1969 г. и в статье 50 Конвенции о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера 1975 г., наряду с главами государств, главами правительств и министрами иностранных дел, была выделена еще одна категория лиц, обладающих особым статусом в соответствии с международным правом, — «другие лица высокого ранга». Тот факт, что существуют и иные высокопоставленные должностные лица, помимо глав государств, глав правительств и министров иностранных дел, которые

²²⁸ *I.C.J. Reports*, 2002, p. 139, para 1.

²²⁹ См., например, Koller D.S., *op.cit.*, at p. 16: «Самое всеобъемлющее исследование иммунитетов министра иностранных дел показывает, что основания для предоставления иммунитета министрам иностранных дел, посещающим страну с частными визитами, являются гораздо менее вескими, чем применительно к главам государств, и обусловлены прежде всего соображениями учтивости, а не закона. Необходимость иммунитета при осуществлении частных визитов представляет собой сложный эмпирический вопрос, надлежащего решения которого невозможно достичь в рамках поверхностного рассмотрения Суда и за неимением адекватной государственной практики. Просто размытие различия между министрами иностранных дел, главами государств и дипломатами, Суд способствовал формированию концептуальной путаницы».

²³⁰ Согласно А. Кассезе, «Суду следует выразить признательность за то, что он прояснил и четко обозначил не совсем понятный вопрос о существующих законах. Тем самым он существенным образом расширил рамки защиты, обеспечиваемой международным правом министрам иностранных дел». Cassese A., *op.cit.*, at p. 855. См. также, например, Wirth St., *op.cit.*, at p. 889: «...представляется весьма вероятным, что должность министра иностранных дел достаточно важна, чтобы предоставить ему или ей те же иммунитеты, что и главе государства: министр иностранных дел поддерживает внешние сношения государства и тем самым играет ключевую роль в урегулировании межгосударственных конфликтов; в этой связи он или она имеет еще более важное значение, чем посол, который — по меньшей мере в принимающем государстве — пользуется иммунитетом *ratione personae*».

²³¹ См., в частности, заявление Республики Конго от 9 декабря 2002 г. о возбуждении дела против Франции (с. 11) и меморандум Джибути от 15 марта 2007 г. в деле *Джибути против Франции* (с. 51).

пользуются в соответствии с обычным международным правом персональным иммунитетом от иностранной уголовной юрисдикции, получил подтверждение в упоминавшемся выше параграфе 51 решения Международного Суда по делу *Об ордере на арест*. Очевидно, что, хотя Суд и не указал, какие именно высокопоставленные должностные лица, помимо глав государств, глав правительств и министров иностранных дел, пользуются иммунитетом от иностранной юрисдикции, он ясно подтвердил, что круг этих лиц не исчерпывается приведенным трио.

118. Такое толкование решения *Об ордере на арест* получило подтверждение, по крайней мере, в двух решениях британских судов. Как отмечается в решении окружного судьи по делу *Генерала Ш. Мофаза* (в то время министра обороны Израиля) 2004 г., «использование таких слов, как глава государства, глава правительства и министр иностранных дел, наводит меня на мысль о том, что могут быть включены и другие категории. Иными словами, эти категории не являются исключительными»²³². Отталкиваясь таким образом от решения Международного Суда, британский суд отказался выдать ордер на арест министра обороны Израиля и признал его иммунитет, дав ему функциональное обоснование, аналогичное тому, которое дал Международный Суд иммунитету министра иностранных дел²³³. Аналогичным образом, со ссылкой на упомянутое решение Международного Суда был признан иммунитет министра коммерции и международной торговли КНР Бо Силая в одноименном деле в 2005 г. Старший окружной судья отказался выдать ордер на арест министра, указав «согласно нормам международного обычного права, г-н Бо пользуется иммунитетом от судебного преследования, поскольку он не может выполнять своих функций, не будучи в состоянии свободно путешествовать»²³⁴.

²³² District Court (Bow Street), *Re General Shaul Mofaz*, Judgment of 12 February 2004, reproduced in *I.C.L.Q.*, Vol. 53 (2004), at p. 773.

²³³ Британский судья, в частности, указал: «Хотя совершение поездок [в случае министра обороны] не имеет того же уровня, что и в случае министра иностранных дел, многие государства, конечно же, имеют войска за границей и существует множество миссий Организации Объединенных Наций, в которых военные вопросы действительно играют видную роль в отношениях между государствами, мне представляется, что роли оборонной и внешней политики весьма тесно переплетаются, особенно на Ближнем Востоке». Ibid.

²³⁴ *Re Bo Xilai*, England, Bow Street Magistrates' Court, 8 November 2005, reproduced in ILR, vol.128, p. 714. Следует отметить, что судья сослался также на иммунитет г-на Бо в качестве члена специальной миссии. Ibid., p. 715.

119. В доктрине осторожно признается, что, помимо «коренной тройки», есть и другие высокопоставленные должностные лица государства, пользующиеся иммунитетом от иностранной юрисдикции²³⁵. В деле *О некоторых вопросах о взаимной правовой помощи по уголовным делам* стороны также в принципе признают, что таким же иммунитетом, каким обладают министры иностранных дел, могут обладать и некоторые другие высокопоставленные должностные лица государства. При этом они согласны в том, что фигурирующие в деле *Генеральный прокурор Джибути и Руководитель службы национальной безопасности Джибути* к числу таких лиц не относятся²³⁶. Можно говорить о примерах других должностных лиц государства, которые пользуются или могут пользоваться иммунитетом *ratione personae* (в частности, министр обороны, министр внешней торговли). Однако специальному докладчику не известно, чтобы где-то приводился исчерпывающий перечень таких лиц. Как отмечалось выше, не стала определять перечень других пользующихся особым статусом и иммунитетом высокопоставленных должностных лиц и Комиссия при работе над проектами статей о специальных миссиях, поскольку справедливо сочла, что такие конкретные лица или должности определяются внутренним правом государства²³⁷.

120. Представляется, что очертить хотя бы в общем плане круг других высокопоставленных должностных лиц, которые пользуются персональным иммунитетом от иностранной уголовной юрисдикции, можно лишь в том случае, если удастся определить критерий или критерии, которым должны соответствовать эти лица для того, чтобы быть бенефициариями такого иммунитета. В приведенных выше решениях национальных судов, признавших иммунитет, соответственно, министра обороны и министра внешней торговли, суды исходили из того, что функции этих лиц во многом аналогичны функциям министра иностранных дел и, соответственно, иммунитет им необходим для осуществления

²³⁵ Как отмечает Дж. Верхувен, «решение представляется более неопределенным, когда речь идет о других членах правительства. Оно может вытекать из неопровержимой логики, согласно которой эти другие министры выполняют международные функции, будь то, например, ведение переговоров о заключении соглашений или представление государства за границей. Тем не менее вряд ли можно утверждать, что на сегодняшний день оно, безусловно, подтверждается международной практикой». Verhoeven, J., *op.cit.*, p. 65. А. Кассезе также отмечает, что иммунитет *ratione personae* защищает «лишь некоторые категории должностных лиц, а именно дипломатических представителей, глав государств, глав правительств, возможно (в любом случае согласно доктрине, сформулированной судом), министров иностранных дел и даже, вероятно, других старших членов кабинета...». Cassesse, A., *op. cit.*, at p. 864. Это мнение разделяет и Б. Картер: «В Соединенных Штатах сегодня иммунитет главы государства, по всей видимости, предоставляется главе иностранного государства, министру иностранных дел, возможно, их семьям и, может быть, другим высокопоставленным должностным лицам. ...Отчасти по причине того, что эта доктрина основывается на прецедентном праве, остается не ясным, кого именно она может охватывать...». Carter, B.E. “Immunity for Foreign Officials: Possibly Too Much and Confusing As Well”, *American Society of International Law Proceedings*, vol. 99 (March 30-April, 2005), p. 230.

²³⁶ Как указывал советник Джибути Л. Кондорелли в ходе устных слушаний в Гааге 22 января 2008 г., «никто не требует, чтобы Суд признавал, что по аналогии с главой государства или дипломатическим представителем Генеральный прокурор Республики Джибути и начальник национальной безопасности Республики Джибути пользуются за границей в течение срока своих полномочий иммунитетом от юрисдикции и полной неприкосновенностью, которые охватывали бы также и их действия в личном качестве». *C.I.J.*, CR 2008/3, 22 janvier 2008, p. 15, para. 23.

²³⁷ См. выше, пункт 19.

именно такого рода функций. Характерно, что, исходя из этого, в деле *Генерала Ш. Мофаза* судья указал, что считает весьма маловероятным, что «назначаемые министры, как то министр внутренних дел, министр занятости, министр охраны окружающей среды, министр культуры и спорта, автоматически приобретают статус государственного иммунитета»²³⁸. На то, что иммунитетом *ratione personae* могут пользоваться только те другие высокопоставленные должностные лица государства, для которых представительство государства в международных отношениях является неотъемлемой и преимущественной частью их функций, указывал в ходе устных слушаний по делу *О некоторых вопросах взаимной правовой помощи по уголовным делам* советник Франции А. Пелле²³⁹. Как отмечает К. Парлетт, «иммунитет *ratione personae* присваивается должностям, функции которых столь важны для поддержания международных отношений, что они требуют широкого иммунитета»²⁴⁰. На осуществление функций по обеспечению участия государства в международных отношениях как на обоснование возможного предоставления персонального иммунитета иным, помимо министра иностранных дел, членам правительства, указывают и некоторые другие авторы²⁴¹.

121. Следует, однако, признать, что обеспечение участия или представительства государства в международных отношениях вряд ли является основной функцией, например, министра обороны, да и других, помимо министра иностранных дел, членов правительства (хотя в современном глобальном мире практически все члены кабинета в той или иной степени участвуют в международных делах, представляя свое государство в специализированных областях международных отношений). В то же время для основных функций министра обороны, как и для некоторых других высокопоставленных должностных лиц, характерна особая вовлеченность в решение вопросов, наиболее важных для обеспечения суверенитета государства. Осуществление иностранным государством уголовной юрисдикции в отношении такого рода лиц во время их пребывания в должности препятствовало бы их независимой деятельности в этой должности и, соответственно, реализации государством, на службе которого они находятся, прерогатив, присущих его суверенитету. В силу важности для государства осуществляемых такими высокопоставленными должностными лицами функций, реализация в отношении этих лиц иностранной уголовной

²³⁸ District Court (Bow Street), *Re General Shaul Mofaz*, Judgment of 12 February 2004, reproduced in *I.C.L.Q.*, Vol. 53 (2004), at p. 773.

²³⁹ Согласно А. Пелле, «иммунитеты не предоставляются должностным лицам государства лишь в силу того факта, что при осуществлении своих функций им, возможно, придется, время от времени или даже регулярно, совершать поездки за границу. Это происходит лишь в тех случаях, когда такие иммунитеты совершенно необходимы для совершения ими таких поездок и при том условии, что они присущи функциям, о которых идет речь». *C.I.J.*, CR 2008/5, 25 janvier 2008, p. 46, para. 63.

²⁴⁰ Parlett K., "Immunity in Civil Proceedings for Torture: The Emerging Exception", *European human rights review*, No.1 (2006), p. 59. Соответственно, она полагает, что к числу других высоких должностных лиц, пользующихся таким иммунитетом, возможно, относятся министр обороны или постоянный заместитель министра иностранных дел ("permanent under-secretary of foreign affairs"). Ibid.

²⁴¹ См., например, Toner P.J., *op. cit.*, pp. 912-913; Forcese C., *op. cit.*, p. 137. Du Plessis M. and Bosch Sh., «Immunities and universal jurisdiction - The World Court steps in (or/on)?», *South African Yearbook of International Law*, Vol. 28 (2003), p. 246. Wickremasinghe, C., *op. cit.*, at p. 401.

юрисдикции, весьма вероятно, влекла бы за собой вмешательство осуществляющего юрисдикцию государства в дела, по существу относящиеся к компетенции государства, на службе которого эти лица находятся. В этой связи возникает вопрос: не является ли важность для обеспечения суверенитета государства функций, выполняемых высокопоставленным должностным лицом, дополнительным, наряду с обеспечением участия государства в международных отношениях, критерием для отнесения должностного лица к числу лиц, пользующихся иммунитетом *ratione personae*?

3. Вопрос о признании в контексте настоящей темы

122. Обычно вопрос об иммунитете рассматривается применительно к признанным государствам и должностным лицам таких государств, признанным главам государств и главам правительств. Однако возможны ситуации, когда необходимо рассматривать либо вопрос об иммунитете государства, которое не признано осуществляющим юрисдикцию государством, либо вопрос об иммунитете должностного лица непризнанного государства, либо вопрос об иммунитете лица, которое не признается в качестве главы государства или главы правительства (при этом само государство, о главе которого или о главе правительства которого идет речь, признается). В этих ситуациях вопрос о признании приобретает значение для рассмотрения сюжета об иммунитете. Как отмечал А. Уаттс, «вопрос о признании..., как правило, имеет особенно важное значение при возникновении каких бы то ни было вопросов об иммунитете»²⁴². Эту мысль подтверждает, в частности, ряд решений американских судов. Так, в деле *Kadic v. Karadzic* 1995 г. окружной апелляционный суд отметил, что «признанные государства пользуются определенными привилегиями и иммунитетами в отношении судебных разбирательств»²⁴³. Поскольку исполнительная власть США не признавала Р. Караджича в качестве главы государства, суд не признал и его иммунитет в качестве такого. В 1990 г. в деле *United States v. Noriega and others* окружной суд отметил: «для получения иммунитета главы государства должностное лицо правительства должно быть признано в качестве главы панамского государства либо согласно панамской конституции, либо Соединенными Штатами»²⁴⁴. Правительство Соединенных Штатов не признавало Норьега в качестве главы государства, соответственно суд отказался признать, что он пользуется иммунитетом в качестве такого. В деле *Lafontant v. Aristide* 1994 г. окружной суд США, наоборот, признал иммунитет Б. Аристида как главы государства, согласившись с «предложением об иммунитете» исполнительной власти, поскольку правительство США признавало Б. Аристида,

²⁴² Watts A., op. cit, p. 34.

²⁴³ *Cadmic v. Karadzic*, Court of Appeals for the Second Circuit, Judgment of 13 October 1995, 70 F.3d 232, 64 USLW 2231, p. 244.

²⁴⁴ *United States v. Noriega and Others*, United States District Court, Southern district of Florida, 8 June 1990, reproduced in *I.L.R.*, vol. 99, pp. 143–183.

жившего в изгнании в Соединенных Штатах, в качестве законного главы государства Гаити²⁴⁵.

123. Вопрос об иммунитете должностных лиц непризнанных государств, непризнанных глав государств и глав правительств может возникать в различных контекстах. Одно дело, если он, например, рассматривается, когда образование, об иммунитете должностного лица которого идет речь, никем, включая осуществляющее юрисдикцию государство, в качестве независимого государства не признано. Иммуниет должностного лица государства с международно-правовой точки зрения основывается на принципе суверенного равенства государств. Этот принцип не регулирует отношения между государством, осуществляющим юрисдикцию, и образованием, которое не признано в качестве государства. Поэтому вряд ли можно говорить о праве должностных лиц такого образования на иммунитет и о соответствующей этому праву обязанности обладающего юрисдикцией государства не осуществлять ее. Дело обстоит сложнее, если речь идет об иммунитете должностного лица государства, которое признано значительной частью международного сообщества, но не признается государством, власти которого рассматривают вопрос об иммунитете. Изложенное выше относительно вопроса о признании в контексте рассмотрения сюжета об иммунитете должностных лиц непризнанного государства применимо и к вопросу о признании в контексте сюжета об иммунитете непризнанных глав государств и глав правительств.

124. Если рассматривать вопрос о роли признания в контексте настоящей темы, то, по-видимому, придется рассматривать вопрос о признании по существу, включая, например, рассмотрение вопроса о декларативном или конститутивном характере признания. Вряд ли это относится к мандату Комиссии в рамках данной темы. В этой связи возникает вопрос: надо ли затрагивать вопросы признания в дальнейшем в рамках рассматриваемой темы и тем более формулировать какие-либо положения относительно роли признания применительно к вопросу об иммунитете должностных лиц? Стоит отметить, что Резолюция Института ограничивается на сей счет положением, согласно которому эта Резолюция «не предопределяет воздействия признания или непризнания иностранного государства или правительства на применение ее положений»²⁴⁶.

²⁴⁵ *Lafontaine v. Aristide*, US District Court, Eastern District of New York, 27 January 1994, reproduced in *I.L.R.*, vol. 103, p. 581–593. Следует отметить, что в вопросе признания, в частности, в контексте рассмотрения вопроса об иммунитете, американские и английские суды опираются на мнение исполнительной власти. Так, в решении британского апелляционного суда по делу *Sayce v. Ameer Ruler Sadig Mohammad Abbasi Bahawalpur State* судья Somervell отмечал: «Наше государство не может высказываться по данному вопросу двусмысленно, когда судебные органы говорят одно, а исполнительная власть — другое. Наш суверен должен принять решение о том, кого он признает в качестве суверенных глав в сообществе государств, и отношения иностранных государств с нашим в вопросах государственных иммунитетов должны проистекать лишь из этого решения». *Sayce v. Ameer Ruler Sadig Mohammad Abbasi Bahawalpur State*, Court of Appeal, England, 20 May 1952, reproduced in *I.L.R.*, vol. 19, p. 215.

²⁴⁶ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (2000–2001), pp. 680–692, article 12, at p. 685.

4. Члены семьи

125. Иногда на практике возникает вопрос об иммунитете членов семьи главы государства (такой иммунитет, естественно, может носить только персональный характер). В 1991 г. в деле *Marcos et Marcos c. Office fédéral de la police* Федеральный трибунал Швейцарии признал иммунитет И. Маркос, жены бывшего президента Филиппин: «обычное международное право всегда предоставляло главам государств, а также членам их семьи и домочадцам, посещающим иностранное государство, привилегии личной неприкосновенности и иммунитет от уголовного преследования... Этот юрисдикционный иммунитет предоставляется также главе государства, который посещает иностранное государство в личном качестве, и в этих обстоятельствах распространяется также на ближайших сопровождающих его членов семьи, а также на старших членов его домашней прислуги»²⁴⁷. Так же, но на этот раз в гражданском деле, был признан иммунитет жены президента Мексики американским судом в деле *Kline v. Kaneko* 1988 г. Суд указал, что «согласно общим принципам международного права, главы государств и ближайшие члены их семей пользуются иммунитетом от судебных разбирательств»²⁴⁸. Другим американским судом в 1978 г. был признан иммунитет от юрисдикции сына королевы Великобритании принца Чарльза в деле *Kilroy v. Windsor (Prince Charles, the Prince of Wales) and Others*²⁴⁹.

126. В то же время известны случаи, когда иммунитет членов семьи главы государства не признавался судами. Так произошло в деле *Mobutu v. SA Cotoni*²⁵⁰. В 1988 г. в решении по этому делу гражданский бельгийский суд, в частности, отметил, что дети президента Заира уже достигли совершеннолетия и поэтому являются лицами, «обособленными от своего отца, и никоим образом не могут пользоваться тем же иммунитетом, на который имеет право он»²⁵¹. Аналогичным образом, в 2001 г. в деле *W.v. Prince of Liechtenstein* Верховный суд Австрии не признал иммунитет сестры и двух братьев главы государства Лихтенштейна, поскольку они не являлись ближайшими членами семьи главы государства, проживающими вместе с ним, имеющими право на иммунитет в соответствии с обычным международным правом²⁵².

127. Обращает на себя внимание, во-первых, то, что в тех двух приведенных случаях, когда суды отказались признать иммунитет членов семьи главы государства, такие решения были приняты, исходя из того, что лица, о которых шла речь, не относились к числу ближайших членов семьи главы государства и не были зависимы от него. Возможно, суды признали бы иммунитет этих лиц, если бы они были членами семьи, более тесно связанными с главой государства, проживающими вместе с ним. На это прямо указывает приведенное выше по-

²⁴⁷ *Marcos et Marcos c. Office fédéral de la police*, RSDIE, 1991, p. 535 (English version in ILR, vol. 102, p. 201).

²⁴⁸ Supreme Court (New York County), *Kline v. Kaneko*, Judgment of 31 October 1988, 141 Misc.2d 787, p. 788.

²⁴⁹ *Kilroy v. Windsor (Prince Charles, the Prince of Wales) and Others*, US District Court for the Northern District of Ohio, Eastern Division, 7 December 1978, *I.L.R.*, vol. 81, pp. 605–607.

²⁵⁰ *Mobutu v. SA Cotoni*, Civil Court of Brussels (Attachment Judgment), 29 December 1988, reproduced in *I.L.R.*, vol. 91, pp. 259–263.

²⁵¹ Ibid.

²⁵² Supreme Court, *W.v. Prince of Liechtenstein*, Judgment of 14 February 2001, 7 Ob 316/00x, para. 11.

ложение из решения австрийского суда. Во-вторых, в трех из пяти приведенных судебных решений суды отмечали, что иммунитет членам семьи главы государства предоставляется на основе обычного международного права. В тех немногих известных случаях, когда национальное законодательство закрепляет иммунитет главы государства (Великобритания, Австралия), оно закрепляет и иммунитет его членов семьи, проживающих вместе с ним²⁵³, или его супруга (супруги)²⁵⁴. Можно вспомнить также и о том, что иммунитет от юрисдикции принимающего государства членов семьи дипломатического агента, живущих вместе с ним, членов семьи консульского должностного лица, живущих вместе с ним, членов семьи представителей направляющего государства в специальной миссии и членов семьи главы представительства государства при международно-организации, живущих вместе с ним, закреплён, соответственно, в пункте 1 статьи 37 Конвенции о дипломатических сношениях 1961 г., пункте 2 статьи 53 Венской конвенции о консульских сношениях 1963 г., пункте 1 статьи 39 Конвенции о специальных миссиях и пункте 1 статьи 36 Венской конвенции о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера 1975 г.

128. В доктрине высказываются различные точки зрения. В *Oppenheim's International Law* отмечается, что сравнение статуса членов семьи главы государства с позицией семьи дипломатического агента предполагает, что члены семьи главы государства, проживающие совместно с ним, пользуются иммунитетом от юрисдикции государства пребывания²⁵⁵. То, что члены семьи главы государства и главы правительства защищены иммунитетом, признает и П. Гулли-Харт²⁵⁶. В то же время, по мнению А. Уаттса, ближайшие члены семьи главы государства могут пользоваться иммунитетом, но на основе вежливости, а не международного права²⁵⁷. Такого же взгляда придерживался С. Сучариткул²⁵⁸. Мнение о том, что, если членам семьи главы государства и предоставляется иммунитет, то только на основе международной вежливости, а не международного права, получило подтверждение в Резолюции Института²⁵⁹.

129. Возникает вопрос: надо ли Комиссии рассматривать сюжет об иммунитете членов семьи главы государства (и, возможно, других лиц, пользующихся персональным иммунитетом) в рамках рассматриваемой темы? У специального

²⁵³ Section 20 (1) of the British State Immunity Act of 20 July 1978, reproduced in *I.L.M.*, vol. 17, 1978, p. 1123.

²⁵⁴ Section 36 (1) (b) of the Australian Foreign State's Immunities Act of 1985, reproduced in Dickinson A., Lindsay R. and Loonam J. P. (eds.), *op. cit.*, pp. 269–522.

²⁵⁵ Jennings R. and Watts A., *op. cit.*, p. 1039–1040.

²⁵⁶ Gully-Hart, P., "The Function of State and Diplomatic Privileges and Immunities in International Cooperation in Criminal Matters: The Position in Switzerland", *Fordham International Law Journal*, 1999–2000, No. 23, p. 1335.

²⁵⁷ При этом А. Уаттс проводит различие между членами семьи главы государства и членами семьи главы правительства и министра иностранных дел, а также между статусом этих лиц, в зависимости от того, находятся ли они в государстве пребывания с официальным или частным визитом. Watts A., *op. cit.* pp. 75–80, 110–112.

²⁵⁸ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок четвертая сессия, Дополнение № 10 (A/44/10), Доклад Комиссии международного права о работе ее сорок первой сессии*, пункты 446–450.

²⁵⁹ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (2000–2001), pp. 680–692, article 5, at p. 682.

докладчика есть сомнения на сей счет, поскольку, строго говоря, сюжет об иммунитете членов семей должностных лиц выходит за рамки настоящей темы.

С. Резюме

130. Резюмируя содержание второй части предварительного доклада, можно сформулировать, в частности, следующие тезисы.

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

б) Предлагается охватить настоящей темой всех должностных лиц государства.

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

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

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

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