



## Генеральная Ассамблея

Distr.: General  
31 March 2008

Russian  
Original: English

---

### Комиссия международного права

#### Шестидесятая сессия

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

### Иммунитет государственных должностных лиц от уголовного преследования

#### Меморандум Секретариата

08-29077 (R)



## *Резюме*

Данное исследование, подготовленное Секретариатом по просьбе Комиссии международного права, предназначено служить основой при рассмотрении Комиссией темы "Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции". В этом исследовании рассматриваются основные правовые проблемы, возникающие в связи с данной темой, как с классической, так и с современной точек зрения, с учетом также событий в области международного уголовного права, которые могли бы оказать воздействие на иммунитеты должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции.

Необходимо отметить три условия, ограничивающих сферу охвата настоящего исследования. Во-первых, в исследовании речь идет только об иммунитете тех лиц, которые, в отличие от других лиц, например представителей международных организаций, также могущих пользоваться иммунитетом по международному праву, являются *должностными лицами государства*. Кроме того, исследование не охватывает определенные категории должностных лиц государства, таких как дипломаты и консульские агенты, поскольку правила, регулирующие их привилегии и иммунитеты, уже были предметом кодификации. Однако в случае необходимости делается ссылка на эти правила, если они могут явиться полезными элементами при рассмотрении определенных проблем, когда практика, касающаяся лиц, охватываемых настоящим исследованием, представляется скудной. Во-вторых, это исследование ограничено иммунитетом от *уголовной* юрисдикции, в противоположность другим видам юрисдикции, таким как гражданская. Тем не менее некоторые элементы практики государств, включая внутренние судебные решения в области гражданской юрисдикции, были также приняты во внимание в той мере, в которой они могли быть релевантными при рассмотрении некоторых аспектов, касающихся правового режима иммунитетов от уголовной юрисдикции. В-третьих, в исследовании рассматриваются иммунитеты от *иностранной* уголовной юрисдикции, а именно иммунитеты, которыми обладают должностные лица государства по отношению к властям иностранного государства, в противоположность иммунитетам, которыми они обладают в своем собственном государстве, или иммунитетам перед международными судами или трибуналами. В связи с этим отношение к иммунитетам в

международных судах или трибуналах рассматривается с точки зрения его исторического развития и потенциального воздействия на правовой режим иммунитетов от иностранных внутренних юрисдикций.

Данное исследование разделено на две части. В части первой представлены, главным образом в историческом плане, общий справочный обзор и контекст, в котором возникают иммунитет и ссылки на иммунитет должностных лиц государства. Эта часть состоит из четырех разделов. Раздел А направлен на то, чтобы установить дефиниционные пределы, в которых будет употребляться термин "должностные лица", а в разделе В дается обзор понятия юрисдикции, включая уголовную юрисдикцию, которая тесно связана с юрисдикционным иммунитетом. Раздел С посвящен рассмотрению понятий иммунитета в его различных проявлениях. Для того чтобы очертить сферу охвата данного исследования, выделены, в частности, дипломатические иммунитеты и доктрины государственного иммунитета, и в общей форме показано, каким образом Комиссия рассматривала "иммунитет суверена и главы государства" при разработке проектов статей о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности. В данном разделе рассматриваются также такие понятия, как доктрина непригодности для судебного рассмотрения и доктрина акта государства, которые представляются связанными с иммунитетом, по крайней мере в какой-то степени, поскольку они могут препятствовать осуществлению судебной юрисдикции в споре, в котором участвует иностранное государство или его должностное лицо. Наконец, в разделе D рассматриваются события, в свете которых проблемы иммунитета учитываются в связи с мерами, касающимися создания международной уголовной юрисдикции.

Часть вторая является материально-правовой и состоит из трех разделов. В ней описывается объем и имплементация иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции в свете международных договоров, релевантных элементов практики государств (включая внутреннее законодательство и судебные решения), международной юриспруденции и правовой литературы. Эта часть строится на основе различия, которое представляется общепризнанным, между иммунитетом *ratione personae* и иммунитетом *ratione materiae*.

В разделе А рассматриваются вопросы, касающиеся иммунитета *ratione personae*. Такой иммунитет, как представляется, охватывает действия, совершенные в официальном качестве, а также частные действия, включая деятельность, предшествовавшую пребыванию в должности, и сфера его охвата расширяется только в отношении лиц, занимающих высшие должности в структуре государства, – в первую очередь, глав государства или правительства, но, возможно, также и других должностных лиц, таких как министры иностранных дел, как это признал Международный Суд в деле "Об ордере на арест". Таким образом, этот раздел касается вопроса о лицах, на которых распространяется этот иммунитет, включая определение статуса лиц, возможно, имеющих на него право; потенциальной роли признания или отсутствия признания предоставления иммунитета *ratione personae* государством или правительствами; ситуаций, когда действует иммунитет *ratione personae* (в частности, вопроса о том, применяется ли этот иммунитет и в том случае, если данное лицо оказывается на территории иностранного государства с частным визитом); специфического положения глав государств в изгнании; а также возможного предоставления иммунитета *ratione personae* членам семьи или окружению соответствующего лица. В этом разделе также рассматривается вопрос о том, может ли производиться исключение из иммунитета *ratione personae*, если предполагаемое уголовное преступление представляет собой преступление по международному праву. Хотя Международный Суд в деле "Об ордере на арест" отрицал существование такого исключения применительно к иммунитету от иностранной уголовной юрисдикции для действующего министра иностранных дел и хотя некоторые элементы практики государств, включая решения национальных судов, казалось бы, поддерживают вывод Суда, некоторые специалисты допускают возможные исключения, в частности в ситуациях, когда предоставление иммунитета *ratione personae* повлечет за собой серьезную опасность безнаказанности.

В разделе В рассматривается иммунитет *ratione materiae*, а именно иммунитет, который придается действиям, совершаемым должностными лицами государства во исполнение их функций, в отличие от частных действий. В этом разделе рассматривается несколько вопросов, в том числе критерии разграничения официальных и частных действий; отношение к действиям *ultra vires*; вопрос релевантности различия между *acta jure imperii* и *acta jure gestionis*; вопрос относительно того, распространяется ли этот иммунитет на действия, совершенные должностным лицом государства на территории иностранного государства; а также вопрос, касающийся лиц, возможно, пользующихся иммунитетом

*ratione materiae*, включая положение бывших должностных лиц, должностных лиц непризнанных государств или правительств, а также должностных лиц государства, которое прекратило свое существование. Таким образом, этот раздел касается вопроса о том, возникает ли возможность исключения из иммунитета *ratione materiae* применительно к преступлениям по международному праву. В этом контексте внимание привлекают последние события в области международного уголовного права (в частности, принцип, в соответствии с которым официальный статус виновника в международном преступлении не освобождает его или ее от уголовной ответственности), выводы международных и национальных судов и теоретические споры о рациональной основе, характере и возможном объеме такого изъятия. Наконец, в исследовании рассматривается вопрос о возможных исключениях из иммунитета *ratione materiae* применительно к преступлениям, вызывающим обеспокоенность международного сообщества, которые еще не получили статуса преступлений по международному праву.

Заключительный раздел С сосредоточен на процессуальных аспектах, касающихся имплементации иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции. В этом разделе рассматриваются несколько вопросов, таких как ссылка на иммунитет и его определение; правовые последствия действия иммунитета (в том числе взаимоотношения между иммунитетом от юрисдикции и иммунитетом от исполнительных мер и неприкосновенностью; вопрос иммунитета должностных лиц государства, которые сами не обвиняются в уголовном деянии; и определение действий, которые не могут применяться в силу иммунитета). В этом разделе также рассматриваются проблемы, касающиеся отказа от иммунитета, такие как форма отказа, будь то явно выраженного или подразумеваемого, орган власти, в компетенции которого находится отказ от иммунитета, и юридические последствия отказа. С учетом относительного недостатка практики государств в этих вопросах часто делаются ссылки на решения, которые применялись в области дипломатических иммунитетов, а также иммунитета государства.

## Содержание

	<b>Пункты</b>
<b>Введение</b>	1–4
<b>Часть первая</b>	
<b>Справка и контекст: дефиниционные проблемы, касающиеся сферы охвата исследования и событий, связанных с предметом исследования</b>	5–87
<b>А. Должностные лица государства</b>	5–6
<b>В. Концепция юрисдикции</b>	7–13
1. Уголовная юрисдикция	9–12
2. Международное сотрудничество в осуществлении уголовной юрисдикции	13
<b>С. Концепция иммунитета и связанные с ней проблемы</b>	14–66
1. Выделенные иммунитеты	17–33
а) Дипломатический иммунитет versus иммунитета "суверена и главы государства"	19
б) Основные теории иммунитетов	20–23
с) Иммунитеты на национальном уровне	24–26
д) Иммунитет "суверена и главы государства" versus иммунитета государства	27–33
2. Конвенция Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности	34–47
а) Рассмотрение Комиссией проекта статьи 25, предложенной Специальным докладчиком Сомпонгом Сучариткулом	37–41
б) Рассмотрение Комиссией проекта статьи 4 во втором чтении	42–44
с) Вопросы, оставшиеся открытыми	45–47

3.	Другие методики, ограничивающие осуществление судебной юрисдикции	48–66
a)	Непригодность для судебного рассмотрения	49–52
b)	Доктрина акта государства	53–66
<b>D.</b>	<b>Индивидуальная уголовная ответственность и лишение иммунитета</b>	67–87
1.	Международная уголовная юрисдикция	70–73
2.	Рассмотрение Комиссией Нюрнбергских принципов	74–76
3.	Рассмотрение Комиссией проекта Кодекса преступлений против мира и безопасности человечества	77–83
4.	Римский статут Международного уголовного суда	84–97
<b>Часть вторая</b>		
<b>Сфера охвата и имплементация иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции</b>		
		88–268
<b>A.</b>	<b>Иммунитет <i>ratione personae</i></b>	94–153
1.	Круг охватываемых лиц	96–136
a)	Главы государств	99–117
i)	Определение того, является ли образование суверенным государством	105–106
ii)	Определение того, занимает ли лицо должность главы государства	107–108
iii)	Роль признания государств и правительств	109
iv)	Недопустимость присутствия в государстве суда	110
v)	Глава государства со специальной миссией	111
vi)	Глава государства в изгнании	112–113
vii)	Члены семьи и сопровождающие лица	114–117

b)	Главы правительств и министры иностранных дел	118–131
i)	Определение того, является ли лицо главой правительства или министром иностранных дел	130
ii)	Члены семьи и сопровождающие лица	131
c)	Другие высшие должностные лица	132–136
2.	Охватываемые деяния	137–140
3.	Возможные изъятия, основанные на характере уголовного преступления	141–153
<b>V.</b>	<b>Иммунитет <i>ratione materiae</i></b>	154–212
1.	"Официальные" деяния versus "частных" деяний	155–165
a)	Соображения общего порядка	155–161
b)	Официальные деяния, осуществленные на территории иностранного государства	162–165
2.	Лица, на которые распространяется иммунитет <i>ratione materiae</i>	166–179
a)	Категории должностных лиц	166–169
b)	Бывшие должностные лица	170–173
c)	Должностные лица или бывшие должностные лица непризнанных государств или правительств	174–177
d)	Должностные лица государства, прекратившего свое существование	178–179
3.	Возможные изъятия, основанные на характере уголовного преступления	180–212
a)	Преступления по международному праву	180–207
i)	Лишение права на иммунитет на основании "неофициальности" деяний	191–192
ii)	Недопущение иммунитета <i>ratione materiae</i> в качестве изъятия, признаваемого международным правом	193–207



b)	Другие преступления, вызывающие обеспокоенность международного сообщества	208–212
<b>С.</b>	<b>Процессуальные аспекты</b>	213–268
1.	Ссылка на иммунитет	215–228
a)	Следует ли ссылаться на иммунитет и, в положительном случае, кто должен это делать?	215–218
b)	В какой момент делается и рассматривается ссылка	219–224
2.	Определение иммунитета	225–228
3.	Юридические последствия действия иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции	229–244
a)	иммунитет от юрисдикции, отличающийся от иммунитета от исполнения	229–235
b)	иммунитет должностных лиц государства, которые сами не обвиняются в уголовном деянии	236–240
c)	Деяния, предотвращаемые действием иммунитета	241–244
4.	Отказ от иммунитета	245–268
a)	Форма отказа	249–250
i)	Добровольный отказ	250–254
ii)	Подразумеваемый отказ	255–263
b)	Орган, компетентный отказываться от иммунитета	264–267
c)	Юридические последствия отказа от иммунитета	268

## Введение\*

1. В современном взаимозависимом мире, когда миллионы людей пересекают национальные границы с другими государствами, модель уголовной юрисдикции, возникшая из Вестфальской системы территориального национального государства, стремится справиться с масштабами преступности и предоставляет систему для усилий международного сообщества по преследованию тех, кто совершает преступления. Такая система основывалась на принципах независимости, суверенного равенства и достоинства государств. Согласно классическому международному праву государство обладает юрисдикцией в определенных рамках, в силу своего территориального суверенитета, над личностью и собственностью иностранцев, оказавшихся на его суше и в его водах<sup>1</sup>, и это положение сохраняет силу и сегодня. Кроме того, оно обладает юрисдикцией, также в определенных рамках, в отношении действий, совершенных внутри его границ, затрагивающих иностранные государства или их подданных. В то же время существовали специальные правила и меры, в соответствии с которыми универсальное право осуществлять юрисдикцию в отношении иностранных граждан и их собственности было исключено<sup>2</sup>. С другой стороны, существовали обстоятельства, которые признавались как предоставляющие национальному государству полномочия действовать за пределами его

---

\* На своей пятьдесят восьмой сессии (2006 год) Комиссия международного права включила, среди прочего, тему "Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции" в свою долгосрочную программу работы; *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят первая сессия, Дополнение № 10 (A/61/10)*, пункт 257. На своей пятьдесят девятой сессии (2007 год) Комиссия постановила включить эту тему в свою программу работы и назначила г-на Романа А. Колодкина в качестве Специального докладчика; *там же, шестьдесят вторая сессия, Дополнение № 10 (A/62/10)*, пункт 376. Комиссия также просила Секретариат подготовить справочное исследование по этой теме, *там же*, пункт 386.

<sup>1</sup> William Edward Hall, *A Treatise on International Law*, edited by A. Pearce Higgins, (Clarendon: Oxford University Press, Humphrey Milford Publisher to the University, 1924) (Eighth edition), para. 48.

<sup>2</sup> *Ibid.*, para. 48. Статья 2 проекта Декларации о правах и обязанностях государств 1949 года подтверждает это, устанавливая следующее:

"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".

*Ежегодник Комиссии международного права*, 1949 год. См. также резолюцию 375 (IV) Генеральной Ассамблеи от 6 декабря 1949 года. *Ежегодники* Комиссии доступны по адресу: <http://www.un.org/law/ilc/index.htm>.

территориальной юрисдикции, в частности в вопросах, касающихся его граждан или собственности.

2. Расшифровка заголовка темы Комиссии "Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции" частично раскрывает сферу охвата этого исследования. Для целей анализа на первый план выдвинуты три существенных элемента: а) *ratione personae*, исследование ограничено теми лицами, которые являются должностными лицами государства; б) *ratione materiae*, предметом является подробное рассмотрение их иммунитета в отношении уголовной юрисдикции; с) и, в пространственном отношении, *ratione loci* – иммунитет в отношении иностранной юрисдикции. В последние годы дело Пиночета и дело об ордере на арест привлекли особое внимание к этой области права<sup>3</sup>, а также к необходимости прояснить любую неопределенность, касающуюся правил иммунитета, применимых в первую очередь в отношении тех лиц, занимающих руководящее положение, которые могут быть ответственны за серьезные преступления<sup>4</sup>.

3. Настоящее исследование поделено на две части: в части первой содержатся общий справочный обзор и контекст, в котором возникают иммунитет и ссылки на иммунитет должностных лиц государства. В ней устанавливаются определенные параметры, ограничивающие сферу охвата исследования, подчеркивая решение проблем, касающихся иммунитета, главным образом в исторической ретроспективе. Эта часть состоит из четырех разделов. Первые два раздела по своему характеру являются вступительными. В разделе А сделана попытка установить рамки, в которых будет применяться термин "должностные лица государства", в то время как в разделе В с учетом его тесной увязки с иммунитетом дается обзор понятия юрисдикции, в том числе уголовной юрисдикции. Раздел С посвящен рассмотрению концепции иммунитета в ее различных проявлениях, а также связанных с ней концепций. В частности, дипломатические иммунитеты и доктрины

---

<sup>3</sup> House of Lords, *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet*, 24 March 1999, приводится в *International Legal Materials*, vol. 38, 1999, pp. 581-663 (в дальнейшем "Pinochet (No. 3)"). *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 2002*, p. 3.

<sup>4</sup> См., например, резолюцию об иммунитетах от юрисдикции и исполнительных мер глав государства и правительства в международном праве, принятую Институтом международного права на своей сессии в Ванкувере в 2001 году; Institute, *Yearbook*, vol. 69, 2000-2001, pp. 742-755.

государственного иммунитета не входят в предмет данного исследования. В этом разделе также дается обзор рассмотрения Комиссией иммунитета "суверена и главы государства" при разработке проектов статей о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности. В разделе С также исследуются иные, помимо юрисдикционных иммунитетов, методы, с помощью которых можно избежать судебного решения спора, который затрагивает другое государство или должностное лицо иностранного государства, включая доктрину непригодности для судебного рассмотрения и доктрину акта государства. Наконец, в разделе D рассматриваются ситуации, когда проблемы иммунитета решаются в рамках усилий, касающихся создания международной уголовной юрисдикции.

4. Часть вторая является материально-правовой частью и состоит из трех разделов. В ней описываются сфера охвата и имплементация иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции с учетом международных договоров, релевантных элементов практики государств (включая внутреннее законодательство и судебные решения), международной юриспруденции и правовой литературы. Эта часть построена на основе различия, которое проводится между иммунитетом *ratione personae* и иммунитетом *ratione materiae*. В разделе А рассматриваются вопросы, касающиеся иммунитета *ratione personae*, с учетом лиц и деяний, возможно, охватываемых этим иммунитетом, а также возможных исключений из него. В разделе В рассматривается иммунитет *ratione personae* с описанием материальной сферы охвата этого иммунитета (в частности, с учетом различия между официальными и частными действиями), лиц, охватываемых этим иммунитетом, а также возможных исключений из него. В разделе С внимание сосредоточено на процессуальных аспектах иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, изучаются новшества и определение иммунитета, правовые последствия действия иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции, а также проблемы, касающиеся отказа от иммунитета.

## Часть первая

**Справка и контекст: дефиниционные проблемы, касающиеся сферы охвата исследования и событий, связанных с предметом исследования**

### А. Должностные лица государства

5. Международное обычное право как таковое не дает определения "должностного лица государства". Как будет подробнее показано в части второй, в контексте иммунитета проводится различие между иммунитетом *ratione materiae* и иммунитетом *ratione personae*. В то время как первый продолжает существовать и на него можно ссылаться даже после истечения срока полномочий данного лица, последний сохраняется до конца этих полномочий и придается соответствующему должностному лицу<sup>5</sup>. В то время как группа должностных лиц государства, обладающих иммунитетом *ratione materiae*, теоретически настолько широка, что охватывает более широкий круг должностных лиц, и даже есть комментаторы, которые утверждают, что она охватывает всех должностных лиц государства<sup>6</sup>, круг лиц, обладающих иммунитетом *ratione personae*, представляется более ограниченным. Насколько ограничен круг этой категории, будет показано дальше, в разделе А части второй. Однако рабочее определение в части первой, в соответствии с которым в "сердцевине" иммунитета находятся те, кто подпадает под понятие "иммунитеты суверена и главы государства", как это понимается в классическом международном праве, будет использоваться, чтобы нагляднее показать отличия от других видов иммунитетов, таких как дипломатические и консульские иммунитеты и иммунитеты государства. С точки зрения правоприменения в уголовном праве существует ряд документов, которые в краткой форме выражают этот узкий подход. Во-первых, в статье 7 Устава Международного Военного Трибунала говорится, что официальное положение ответчиков, будь то в качестве глав государства или ответственных должностных лиц правительственных департаментов, не снимает с них никакой ответственности. Когда Комиссия разрабатывала принципы международного права, признанные Уставом Нюрнбергского Трибунала и решением Трибунала, она соединила текст Принципа III с формулировкой статьи 7 Устава Нюрнбергского Трибунала при том понимании, что предпочтительное выражение "ответственные должностные лица" означает лиц,

---

<sup>5</sup> См. ниже, часть вторая.

<sup>6</sup> См. ниже, раздел В.2 а) части второй.

занимающих высокое положение и несущих "большую ответственность", в то время как лица, упоминаемые в Принципе IV, касающемся приказов начальника, несут меньшую ответственность<sup>7</sup>. Кроме того, термин "официальное должностное лицо" относится к ответственному должностному лицу, состоящему на службе у правительства своей страны. Соответственно, в Принципе III говорится об "ответственном правительственном должностном лице". В свою очередь статья IV Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него включает в число лиц, которые могут нести уголовную ответственность, "...ответственных по конституции правителей, должностных... лиц"<sup>8</sup>. Более того, статья I Конвенции о предупреждении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, определяет круг лиц, пользующихся международной защитой. В него входят глава государства, глава правительства или министр иностранных дел, а также любой представитель или должностное лицо государства, которое в соответствии с международным правом имеет право на специальную защиту от любого нападения на его личность, свободу и достоинство<sup>9</sup>.

6. На более высоком уровне право ответственности государств за международно-противоправные деяния охватывает более широкий круг должностных лиц для целей

---

<sup>7</sup> A/CN.4/SR.46, paras. 93-102, *Yearbook...* 1950, vol. 1.

Принципы международного права, признанные Уставом Нюрнбергского трибунала и нашедшие выражение в Решении Трибунала:

...

*Принцип III*

Тот факт, что какое-либо лицо, совершившее международно-правовое преступление, действовало в качестве главы государства или официального должностного лица, не должен рассматриваться как основание к освобождению его от международно-правовой ответственности или смягчению наказания.

*Принцип IV*

Тот факт, что какое-либо лицо действовало по распоряжению правительства или приказу вышестоящего начальства, не освобождает его от международно-правовой ответственности. Он может, однако, рассматриваться как основание для смягчения наказания, если этого требуют интересы правосудия.

...

<sup>8</sup> Статья 4 Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него, United Nations, *Treaty Series*, vol. 78, p. 277: "Лица, совершающие геноцид или какие-либо другие из перечисленных в статье III деяния, подлежат наказанию, независимо от того, являются ли они ответственными по конституции правителями, должностными или частными лицами".

<sup>9</sup> United Nations, *Treaty Series*, vol. 1035, p. 167.

присвоения. Поведение любого органа государства рассматривается как деяние этого государства по международному праву независимо от того, осуществляет ли этот орган законодательные, исполнительные, судебные или какие-либо иные функции, независимо от положения, которое он занимает в системе государства, и независимо от того, является ли он органом центральной власти или территориальным подразделением государства<sup>10</sup>. Международный Суд в своем консультативном заключении в отношении Спора, касающегося судебного-процессуального иммунитета Специального докладчика Комиссии по правам человека, подтвердил общепринятую норму обычного права, что поведение любого органа государства рассматривается как деяние данного государства<sup>11</sup>. Поскольку понятие "орган" включает любое лицо или образование, которое имеет такой статус по внутригосударственному праву, термин "должностное лицо государства" для целей ответственности государства будет фактически включать не только тех, кто образует официальный орган государства, но также те лица или образования, которые осуществляют элементы государственной власти. Этот термин может также включать лиц или группы лиц, которые фактически действуют по указаниям государства либо под его руководством или контролем, или тех лиц или групп лиц, которые осуществляют элементы государственной власти в отсутствие или при несостоятельности официальных властей<sup>12</sup>. В разделе В части второй исследования более подробно рассматриваются проблемы, сопутствующие этой более широкой категории.

## **В. Концепция юрисдикции**

7. Для того чтобы в отношении должностного лица государства делалась ссылка на иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции, это лицо *prima facie* должно подлежать юрисдикции другого государства. В деле "Об ордере на арест" Международный Суд признал, что логически иммунитет следует рассматривать после того, как вынесено

---

<sup>10</sup> См. пункт 1 статьи 4 Статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, *Yearbook...* 2001, vol. II (Part Two), para. 76.

<sup>11</sup> *I.C.J. Reports 1999*, para. 62.

<sup>12</sup> См. в основном статьи 4–11 Статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, *op. cit.*, para. 76.

определение в отношении юрисдикции<sup>13</sup>, несмотря даже на то, что сам Суд из уважения к представлениям сторон рассматривал проблемы иммунитета, не вынося никакого определения относительно юрисдикции. В правовой системе, будь то национальной или международной, осуществление государством юрисдикции является выражением его суверенной власти; это средство, с помощью которого право делается функциональным<sup>14</sup> и имеющим юридическую силу. Аналитически эта власть включает три вида юрисдикции, а именно: а) предписывающую юрисдикцию; б) правоприменительную юрисдикцию; и с) судебную юрисдикцию<sup>15</sup>. Разграничительная линия между тремя видами юрисдикции очень тонка<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> *Arrest warrant*, para. 46. В особых мнениях судья Гийом отметил, что "...юрисдикция суда – это вопрос, который он должен решить, прежде чем рассматривать иммунитет лиц, обратившихся в суд. Другими словами, иммунитет от юрисдикции может быть только тогда, когда есть юрисдикция" (пункт 1); судья Резек заявил, что, если бы Суд вначале рассмотрел вопрос о юрисдикции, он был бы освобожден от какой-либо необходимости выносить постановление по вопросу об иммунитете (пункт 10); и судьи Хиггинс, Коойманс и Бюргенталь в совместном особом мнении отметили, что "иммунитет" является обычным стенографическим выражением для обозначения "иммунитет от юрисдикции". «Если в принципе нет юрисдикции, тогда вопрос об иммунитете от юрисдикции, который в противном случае существовал бы, попросту не возникает... Хотя понятие "иммунитет" зависит, концептуально, от уже существовавшей юрисдикции, существует свод права, который применяется к каждому из них» (пункты 3 и 4).

<sup>14</sup> Covey T.Oliver, Edwin B.Firmage, Christopher L.Blakesley, Richard F.Scott and Sharon A.Williams, *The International Legal System: Cases and Materials* (Westbury, New York: Foundation Press, 1995), p. 133. Имеются многочисленные источники по юрисдикции; более ранние источники см., например: Michael Akehurst, "Jurisdiction in International Law", *BYbIL*, vol. 46 (1972-3), p. 145; Frederik Alexander Mann, "The Doctrine of Jurisdiction in International law", *Recueil des cours...*, vol. 111 (1964-I), p. 1; и Frederik Alexander Mann, "The Doctrine of Jurisdiction in International Law Revisited after twenty years", *Recueil des cours...*, vol. 186 (1984-III), p. 9.

<sup>15</sup> а) Необходимость предписывающей юрисдикции подразумевает вынесение постановлений. Это компетенция государства принимать материальные законы, применимые к конкретным лицам, видам деятельности или обстоятельствам. б) Правоприменительная юрисдикция включает способность государства применять закон в отношении конкретных лиц в конкретных обстоятельствах или в отношении вещей и выделять свои ресурсы с целью убедить или заставить соблюдать свои законы или предоставлять компенсацию за несоблюдение. с) Судебная юрисдикция включает полномочия подчинять ряд лиц, событий или вещей процедуре ее судопроизводства. Судебное решение влечет за собой заявление о правах и защиту частных интересов. Эти три вида юрисдикции часто называются законодательной, курриальной и исполнительной юрисдикциями. См. в основном: American Law Institute, *Restatement of the Law: the Foreign Relations Law of the United States*, (1987) (3<sup>rd</sup> edition), introductory note and Chapt. 1-3.

<sup>16</sup> См. в основном: Vaughan Lowe, "Jurisdiction", in Malcolm D.Evans (ed), *International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2006) (Second edition), pp. 335-360, который разграничивает анализ между предписывающей и правоприменительной юрисдикцией. Судебная юрисдикция воспринимается как усовершенствованная



8. Тем не менее различия имеют практическое и юридическое значение. Для целей иммунитета определение проблемы может иногда основываться на том, является ли данная юрисдикция предписывающей, судебной или правоприменительной<sup>17</sup>. Процессуальные аспекты имплементации рассматриваются далее, в разделе С части второй.

## 1. Уголовная юрисдикция

9. Обозначение "уголовный" или "гражданский" не может точно охарактеризовать подлинное различие в той степени, в которой предписывающее государство может осуществлять свою прерогативу контролировать конкретное поведение<sup>18</sup>. Возможно, это верно в ситуациях, когда преступления по международному праву приводят к гражданским искам на национальном уровне. В системах гражданского права частные стороны могут обращаться за гражданско-правовой компенсацией в уголовном судопроизводстве. В других случаях законодательство, являющееся "гражданским", как это имеет место с антимонопольным законодательством, может быть уголовным и принудительным по

---

правоприменительная юрисдикция. Государство применяет свои законы, предпринимая действия через судопроизводство и иным путем. Однако судебная юрисдикция не всегда применяется в ситуациях и для достижения строго правоприменительных целей (Oliver, Firmage, *et al.*, *op. cit.*, p. 134). Обычно вопросы, которые являются предметом судебной юрисдикции внутри государства, вытекают из того, что было установлено законом. Лицо судят за конкретное преступление, потому что всегда есть закон, запрещающий такое поведение. Государство не имело бы юрисдикции для принуждения на своей территории, если у него нет *prima facie* юрисдикции предписывать законы. Стоит подчеркнуть, что правоприменительная юрисдикция в принципе ограничена собственной территорией государства. Хотя государство, возможно, не способно эффективно утверждать свою судебную юрисдикцию в отношении лица, которое находится за пределами его территории, ничто ему не мешает ходатайствовать о принудительном исполнении с помощью других средств, в том числе добиваясь сотрудничества с любым другим государством, которое может быть затронуто или обладать юрисдикцией предписывать (*ibid.*).

<sup>17</sup> В Конвенции о юрисдикционном иммунитете государств и их собственности 2004 года, см. ниже, раздел С.2 части первой, проводится различие между иммунитетом от судебного решения и от правоприменения (принудительных мер).

<sup>18</sup> D.W. Bowett, "Jurisdiction: Changing Patterns of authority over activities and resources" in Charlotte Ku and Paul F. Diehl (eds), *International Law: Classic and Contemporary Readings*, (Colorado and London: Lynne Rienner Publishers Inc, 1998), p. 208.

своему воздействию<sup>19</sup>. В настоящем исследовании речь идет об "иностранной уголовной юрисдикции". Однако формалистическое описание не может в полном объеме дать ясную картину затронутых вопросов. Действительно, прецедентное право, вытекающее из гражданского судопроизводства, может поднять вопросы, которые могут быть по аналогии релевантными в отношении уголовного судопроизводства, и к такому прецедентному праву, в случае необходимости, прибегали авторы в данном исследовании. Данное исследование, тем не менее, по существу касается ситуаций, когда лицо может подвергнуться преследованию в иностранной юрисдикции за совершение уголовного преступления<sup>20</sup>.

10. В то время как международное право, как правило, считает уголовную юрисдикцию территориальной, это не препятствует почти никаким национальным правовым системам распространить свое применение на экстерриториальные правонарушения<sup>21</sup>. В международном праве существуют пять принципов, которые создают основы для уголовной юрисдикции: а) территориальный принцип<sup>22</sup>; б) принцип гражданства (активной

---

<sup>19</sup> См., например, the United States Alien Tort Claims Act, вступивший в силу в 1789 году и кодифицированный в качестве 28 U.S.C., para. 1350. Согласно данному закону "окружные суды обладают первоначальной юрисдикцией рассматривать все гражданские иски иностранцев только за правонарушение, совершенное в нарушение международного права или договора Соединенных Штатов".

<sup>20</sup> В деле *Bouzari et al. v. Islamic Republic of Iran*, (2004) истец ссылаясь, помимо прочего, на исключение в Законе о государственном иммунитете Канады относительно того, что он не применяется к уголовному судопроизводству или судопроизводству, имеющему характер уголовного судопроизводства, и утверждал, что рассмотрение в суде возмещения убытков от Ирана за похищение людей, неправомерное лишение свободы, вооруженное нападение, пытки и угрозы смертью было по своему характеру уголовным судопроизводством, поскольку истец добивался присуждения штрафных убытков, которые по своему характеру являлись штрафом. Суд первой инстанции и апелляционный суд Онтарио отклонили этот довод, придя к выводу, что искомое средство правовой защиты доступно только в гражданском судопроизводстве после установления гражданской ответственности и присуждения компенсации за ущерб. Хотя целью присуждения штрафных убытков было удержание от правонарушений, они остались средством правовой защиты в гражданском судопроизводстве; приводится в *ILR*, vol. 128, p. 586, para. [44].

<sup>21</sup> Отношение международного права к осуществлению экстерриториальной юрисдикции выражено в заявлении судьи в деле "С. С. Лотус" относительно того, что "территориальность уголовного права... не является абсолютным принципом международного права и ни в каком случае не совпадает с территориальным суверенитетом" (*S.S. Lotus (Turkey v. France)*, P.C.I.J. 1927 (Series. A), No. 10, p. 19).

<sup>22</sup> Территориальная юрисдикция определяет юрисдикцию, отсылая к месту совершения преступления. Эта юрисдикция может быть субъективной или объективной; первая охватывает инцидент, который начался на территории государства, а завершился за ее пределами, в то время как последняя относится к инциденту,

правосубъектности)<sup>23</sup>; с) принцип пассивной правосубъектности<sup>24</sup>; d) защитный принцип<sup>25</sup>; и е) универсальный принцип<sup>26</sup>. Хотя эти основы были восприняты на различных уровнях в

---

который берет начало за пределами территории государства, а завершается внутри ее. Что касается более ранних работ по этой теме, см., в основном, Harvard project, "Study on Jurisdiction with respect to crime, Draft convention with respect to crime", *AJIL Supplement*, vol. 29 (1935), pp. 435-651.

<sup>23</sup> Принцип гражданства основывает юрисдикцию на существующей личной связи между гражданином и осуществляющим преследование государством, хотя преступление могло быть совершено гражданином за рубежом.

<sup>24</sup> Принцип пассивной правосубъектности определяет юрисдикцию, отсылая к гражданству потерпевшего. Этот принцип, "так долго считавшийся противоречивым... в настоящее время встречает сравнительно мало возражений, по крайней мере в том, что касается конкретной категории правонарушений", *Arrest Warrant*, совместное особое мнение судей Хиггинс, Коойманса и Бюргенталя, para. 47. В частности, этому мнению нашлось место в недавно принятых документах, направленных на борьбу с терроризмом.

<sup>25</sup> Защитный принцип основывает юрисдикцию на национальном интересе, которому нанесен ущерб правонарушением, совершенным за рубежом. Ссылка на экономические последствия внутри своей территории, а не на некий элемент межтерриториального поведения отличает защитный ("последствия") принцип в его чистой форме от объективной территориальной юрисдикции. Lowe, *op. cit.*, p. 345.

<sup>26</sup> Универсальный принцип определяет юрисдикцию путем отсылки к характеру правонарушения, признанного вызывающим всеобщую обеспокоенность независимо от locus delicti и гражданства правонарушителя и жертвы. Типичным примером является пиратство. Henry Wheaton, *Elements of International Law* (the Literal reproduction of the edition of 1866 by Richard Henry Dana, Jr. edited with Notes by George Grafton Wilson) (Oxford: The Clarendon Press, London, London: Humphrey Milford, 1936) полагает, что "причиной, по которой пират jure gentium может быть захвачен и предан суду любым государством, независимо от его национальной принадлежности или национальной принадлежности судна, на борту которого, против которого или с которого было совершено противоправное деяние, является то, что это деяние является таким, которое подпадает под юрисдикцию всех государств". Para. 124, fn.

Существуют также другие значения, в которых, по всей видимости, применяется универсальная юрисдикция. Такие классические комментаторы, как Гроций, Гейнеций, Бурламаки, Ваттель, Рутерфорт, Шмельцинг и Кент, в споре с Пуфендорфом, Воэтом, Мартенсом, Ключбером, Лейзером, Ключтом, Заальфельдом, Шмальцем, Миттермейером и Геффнером указывали на возможное преследование виновников определенных, особенно серьезных преступлений не только в том государстве, на территории которого было совершено преступление, но также в стране, где они ищут убежища. Исходя из этой точки зрения государство обязано произвести арест, за которым последует экстрадиция или судебное преследование, в соответствии с максимой aut dedere aut judicare. См. Wheaton, *ibid.*, para. 115, fn. См. также особое мнение судьи Гийома в *Arrest Warrant*, paras. 3-12. Современное выражение этого подхода обнаруживается в ряде многосторонних документов, особенно в документах, касающихся международного терроризма. Пункт 2 статьи 4 Гагской конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов, United Nations, *Treaty Series* vol. 860, p. 105, предусматривает, что "каждое договаривающееся государство принимает... такие меры, какие могут оказаться необходимыми, чтобы установить свою юрисдикцию над преступлением в случае, когда предполагаемый преступник находится на его территории и оно не выдает его в соответствии со статьей 8 одному из государств, упомянутых в пункте 1

---

настоящей статьи", то есть тем, кто может устанавливать юрисдикцию в соответствии с настоящей Конвенцией. Аналогичные статьи или их варианты существуют в Монреальской конвенции о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации, Монреаль, 1971 год (пункт 2 статьи 5), United Nations, *Treaty Series* vol. 974, p. 177; Конвенции о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов, Нью-Йорк, 1973 год (статья 7), United Nations, *Treaty Series* vol. 1035, p. 167; Международной конвенции о борьбе с захватом заложников, Нью-Йорк, 1979 год (статья 10), United Nations, *Treaty Series* vol. 1316, p. 205; Конвенции о физической защите ядерного материала, Вена, 1980 год (статья 8), United Nations, *Treaty Series* vol. 1456, p. 127; Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (пункт 1 статьи 7), United Nations, *Treaty Series* vol. 1465, p. 85; Конвенции о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства, Рим, 1988 год (пункт 1 статьи 10), United Nations, *Treaty Series* vol. 1678 p. 221; Конвенции о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала, Нью-Йорк, 1973 год (статья 14), United Nations, *Treaty Series* vol. 2051, p. 363; Международной конвенции о борьбе с бомбовым терроризмом (пункт 1 статьи 8), United Nations, *Treaty Series* vol. 2149, p. 256; Конвенции о борьбе с финансированием терроризма (пункт 1 статьи 10), A/RES/54/109; и Конвенции о борьбе с актами ядерного терроризма (статья 11), A/RES/59/290. См. также проект Кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, принятый Комиссией международного права, 1996 год (статья 9), и проект Всеобъемлющей конвенции о международном терроризме, который разрабатывается Специальным комитетом по терроризму, учрежденным резолюцией 51/210 Генеральной Ассамблеи (статья 11). Эти положения на одном уровне налагают обязательство на государство-участник установить юрисдикцию на основе одной или комбинации конкретных юрисдикционных основ, а на другом уровне закрывают возможность для любого способа уклониться путем возложения обязательства на государство, на территории которого скрывается правонарушитель, выдать его или подвергнуть судебному преследованию. Эта форма была названа *quasi* универсальной юрисдикцией, см. Malcolm N. Shaw, *International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003) (Fifth edition), p. 598.

Имеются также предложения, касающиеся существования универсальной юрисдикции *in absentia*. На вопрос, может ли государство установить юрисдикцию над преступлениями, совершенными за границей иностранцами против иностранцев, когда правонарушитель не находится на территории указанного государства, Бельгия в деле об ордере на арест давала утвердительный ответ, но не использовала такую возможность. В своем особом мнении в деле "Об ордере на арест" судья Гийом заявил, что международное право знает только один настоящий случай универсальной юрисдикции: пиратство. Универсальная юрисдикция *in absentia*, которая применима в суде государства, когда виновник преступления не присутствует на его территории, неизвестна международному праву (пункты 12–13). В своем совместном особом мнении судьи Хиггинс, Коойманс и Бюргенталь (пункт 52) согласились с Робертом Дженнингсом и Артуром Уоттсом (ред.), *Oppenheim's International Law* (London and New York: Longman, 1992), vol. 1, 9<sup>th</sup> edition, p. 998, в том, что:

"Хотя пока еще не может быть утверждено никакое общее правило позитивного международного права, которое дает государствам право наказывать иностранных граждан за преступления против человечности таким же образом, каким они, например, имеют право наказывать акты пиратства, имеются ясные свидетельства, указывающие на постепенную эволюцию данного важного принципа международного права в этом направлении".

практике государств, государство может установить свою юрисдикцию на основе любого из этих принципов или на их сочетании. Например, различные конвенции о борьбе с терроризмом предоставляют несколько основ, на которых государство могло бы принять меры по установлению своей юрисдикции<sup>27</sup>. В деле Эйхмана Израиль взял на себя юрисдикцию на основе принципа пассивной правосубъектности, а также на основе защитного и универсального принципов<sup>28</sup>. Внесения изменения в основное уголовное право для согласования его с принятым международным обязательством может оказаться недостаточным, чтобы наделить внутренний суд юрисдикцией, если не существует соответствующего изменения, если этого требует внутренний конституционный порядок, в уголовном праве, признающем учреждение юрисдикции на любом из этих оснований<sup>29</sup>.

---

В последнее время были предприняты научные усилия, чтобы прояснить сферу охвата и значение универсальной юрисдикции. См., например, International Law Association, *ILA Report of the 69<sup>th</sup> Session*, London 2000, pp. 403-431. См. также резолюцию об универсальной уголовной юрисдикции в отношении преступления геноцида, преступлений против человечности и военных преступлений, принятую Институтом международного права на его сессии в Кракове в 2005 году; *Institut, Yearbook*, vol. 71, Parts I and II, а также Принстонские принципы универсальной юрисдикции 2001 года (доступно по адресу <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/princeton.html>). См. также Amnesty International, *Universal Jurisdiction, The Duty of States to enact and implement legislation*, September 2001, AI Index IOR53/002/2001).

<sup>27</sup> См., например, Международную конвенцию о борьбе с бомбовым терроризмом (статья 6); Международную конвенцию о борьбе с финансированием терроризма (статья 7); Международную конвенцию о борьбе с актами ядерного терроризма (статья 9). См. также Конвенцию против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (подпункт с) пункта 1 статьи 5), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1465, p. 85.

Согласно Комплексному закону о дипломатической безопасности и борьбе с терроризмом 1986 года (18 U.S.C.), преступлением является убийство, или попытка либо заговор с целью убийства, или причинение серьезного телесного вреда гражданину Соединенных Штатов за пределами территории Соединенных Штатов. Однако судебное преследование в соответствии с этим разделом может быть предпринято только после письменного подтверждения Генерального прокурора или его представителя, что, по его мнению, правонарушение было направлено на то, чтобы принудить, запугать или осуществить меры возмездия против правительства или гражданского населения.

<sup>28</sup> *Attorney-General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*, District Court of Jerusalem, 12 December 1961, приводится в *ILR*, vol. 36, pp. 5-276 и *Attorney-General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*, Supreme Court (sitting as a Court of Criminal Appeal), 29 May 1962, приводится в *ILR*, vol. 36, pp. 277-344.

<sup>29</sup> *Hissene Habre case in the Court of Appeal of Dakar (Chambre d'accusation)*, 4 July and Court of Cassation, 20 March 2001, приводится в *ILR*, vol. 125, pp. 569-580.

11. Из пяти принципов именно универсальный принцип породил вопросы имплементации в отношении иммунитета; иногда высказывается мнение, что признание такой юрисдикции фактически сделает иммунитет неприменимым по отношению к конкретным преступлениям<sup>30</sup>. Степень, в которой учреждение универсальной юрисдикции государством затрагивает иммунитет, в частности в отношении преступлений по международному праву, будет рассматриваться в Части второй.

---

<sup>30</sup> См., например, статью 5 Принстонских принципов универсальной юрисдикции, 2001, *op. cit.*:

"Иммуниеты

Что касается серьезных преступлений по международному праву, установленных в пункте 1 Принципа 2 (таких, как 1) пиратство; 2) рабство; 3) военные преступления; 4) преступления против мира; 5) преступления против человечности; 6) геноцид; и 7) пытки), то должностное положение любого обвиненного лица как главы государства или правительства или ответственного должностного лица правительства не освобождает это лицо от уголовной ответственности и не смягчает наказание".

Примеры законодательства, предусматривающего универсальную юрисдикцию, см. в разделе 8 Закона о преступлениях против человечности и военных преступлениях Канады (2000, с. 24):

"Юрисдикция

8. Лицо, которое предположительно совершило правонарушение, предусмотренное статьями 6 или 7, может подвергнуться судебному преследованию за это правонарушение, если

a) на момент, когда правонарушение предположительно было совершено:

- i) данное лицо являлось гражданином Канады или работало по найму в Канаде в гражданском или военном качестве;
- ii) данное лицо являлось гражданином государства, которое находилось с Канадой в состоянии вооруженного конфликта, или работало в этом государстве по найму в гражданском или военном качестве;
- iii) жертвой предполагаемого правонарушения был гражданин Канады; или
- iv) жертвой предполагаемого правонарушения был гражданин государства, являвшегося союзником Канады в вооруженном конфликте; или

b) после совершения предполагаемого правонарушения данное лицо находится в Канаде".

См. также, относительно Временной администрации Организации Объединенных Наций в Восточном Тиморе, UNTAET/REG/2000/15, об учреждении палат с исключительной юрисдикцией в отношении серьезных уголовных правонарушений (6 июня 2000 года):

«Раздел 2

Юрисдикция

2.2 Для целей настоящего распоряжения "всесторонняя юрисдикция" означает юрисдикцию, независимо от того:

- a) было ли рассматриваемое тяжкое уголовное преступление совершено в пределах территории Восточного Тимора;
- b) было ли тяжкое уголовное преступление совершено гражданином Восточного Тимора; или
- c) была ли жертва тяжкого уголовного преступления гражданином Восточного Тимора».

12. В данном исследовании в качестве синонимов употребляются термины "преступления по международному праву" и "международные преступления", чтобы обозначить преступления особенно тяжкого характера, такие как геноцид, преступления против человечности, военные преступления и пытки. Высказывается мнение, что из трех основных компонентов международного уголовного права, то есть а) международных аспектов национального уголовного права<sup>31</sup>; б) уголовных аспектов международного права<sup>32</sup>; и с) международного уголовного права *stricto sensu*, "преступления по международному праву" подпадают под последнюю категорию. Это преступления, за которые по нормам международного права уголовная ответственность возлагается непосредственно на лиц<sup>33</sup>. Термин "международное преступление" в своем историческом контексте используется некоторыми авторами, чтобы шире охватить "преступление против международного права" и преступление, из-за которого преступник вступает в конфликт с законами нескольких государств<sup>34</sup>. Высказывается мнение, что "преступление против международного права" включает "преступление по международному праву", а также "правонарушения, вызывающие обеспокоенность международного сообщества"<sup>35</sup>. Со своей стороны Комиссия при выработке Статута Международного уголовного суда, видимо, использовала различие между преступлениями по общему международному праву ("наиболее тяжкие преступления") и преступлениями, предусмотренными или установленными определенными договорами ("договорные" преступления)<sup>36</sup>. Для целей

---

<sup>31</sup> При рассмотрении вопросы, включающие иностранный уголовный компонент, то есть транснациональное применение внутреннего уголовного права, такое как степень, в которой национальным судам разрешается брать на себя юрисдикцию в отношении экстерриториальных преступлений, выбор применимого права или признания иностранных решений по уголовным делам, см. Edward M. Wise and Ellen S. Podgor, *International Criminal Law: Cases and Materials* (New York: Matthew Bender & Co, 2000), p. 1.

<sup>32</sup> Речь идет о международных нормах уголовного правосудия, возложении обязательств на государства в связи с содержанием их внутреннего уголовного права, таких как принципы и нормы международного права, требующие от государств уважать права лиц, обвиненных или подозреваемых в преступлениях, или преследовать в судебном порядке и наказывать; или о "правонарушениях, вызывающих обеспокоенность международной общественности", включая угон самолетов и захват заложников, *ibid.*, p. 3.

<sup>33</sup> Связана с применимым правом, налагающим международную уголовную ответственность, включая преступления, прямо объявленные вне закона международным правом, *ibid.*, pp. 4-5.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 496, ссылка на John Fischer Williams, *Chapters on Current International Law and the League of Nations* (New York, Longmans, Green & Co., 1929), p. 243.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>36</sup> Draft Statute for the International Criminal Court with commentaries, *Yearbook...*, 1994, vol. II (Part Two).

настоящего исследования термины "преступление по международному праву" или "международное преступление" как составляющие возможного исключения из иммунитета используются, чтобы обозначать преступления по общему международному праву, а также договорные преступления<sup>37</sup>. Эти вопросы будут рассматриваться далее в части второй, вместе с вопросом о том, попадут ли другие преступления, которые вызывают обеспокоенность международного сообщества, такие как хищение, коррупция или незаконное присвоение национального достояния, в перечень такого возможного исключения.

## **2. Международное сотрудничество в осуществлении уголовной юрисдикции**

13. Возможно, будет недостаточно установить юрисдикцию в отношении конкретного поведения. В глобализованном мире, состоящем из 192 государств – членов Организации Объединенных Наций, международное сотрудничество является решающим в обеспечении эффективного и действенного осуществления юрисдикции в другой иностранной юрисдикции. Выдача и взаимопомощь, касающиеся предметов судебного разбирательства, представляют собой механизмы, с помощью которых государства сотрудничают друг с другом, стремясь предать правосудию преступников или лиц, скрывающихся от правосудия. Организация Объединенных Наций была последовательной, привлекая внимание к релевантности международного сотрудничества в розыске, аресте, выдаче и наказании лиц, подозреваемых в совершении преступлений, особенно серьезных преступлений, таких как геноцид, военные преступления и преступления против

---

<sup>37</sup> Понятие "международное преступление" было использовано в проекте "Договора о взаимопомощи", подготовленного Лигой Наций в 1923 году для характеристики "агрессивной войны", общую информацию см. в Report by Special Rapporteur, Ricardo J. Alfaro (A/CN.4/15 и Corr.1), *Yearbook...*, 1951, vol. II. Анализ понятия "международные преступления" в контексте ответственности государств см. в Fifth report, Roberto Ago (A.CN.4/291 и Add.1 и 2), *Yearbook...* 1976 vol. II (Part One). Комиссия приняла в первом чтении статью 19 о "международных преступлениях" государств, проводя различие с "международными деликтами". Эта "пенализация" международного права оказалась противоречивой и была упразднена со ссылкой на понятие "серьезные нарушения обязательств перед международным сообществом в целом", общую информацию см. в James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002), pp. 1-60.



человечности, хотя проблемы, касающиеся предоставления и обмена информацией и доказательствами, а также выдачи, не могут быть преувеличены<sup>38</sup>.

### **С. Концепция иммунитета и связанные с ней вопросы**

14. Если юрисдикция касается осуществления государством его компетенции предписывать, решать в судебном порядке или обеспечивать соблюдение законов, концепция иммунитетов, по-видимому, стремится достигнуть обратного результата, а именно избежать осуществления юрисдикции и отказаться удовлетворить в ином случае юридически обоснованный и осуществимый иск в надлежащей юрисдикции. Нормы, регламентирующие юрисдикцию национальных судов, должны быть отличными от тех, которые регламентируют иммунитет от юрисдикции. Это две четко выраженные нормы действующего международного права, хотя иммунитет возникает только в том случае, если существует юрисдикция<sup>39</sup>. Когда юрисдикция установлена, это не обязательно означает, что отсутствует иммунитет. Напротив, отсутствие иммунитета не подразумевает юрисдикцию. В деле "Об ордере на арест" Международный Суд заявил, что, хотя

---

<sup>38</sup> См. резолюцию 3074 (XXVIII) Генеральной Ассамблеи от 3 декабря 1973 года. См. также резолюцию 95(I) Генеральной Ассамблеи от 11 декабря 1946 года, которая подтвердила принципы международного права, признанные Уставом и Решением Нюрнбергского международного военного трибунала, резолюцию 3(1) от 13 февраля 1946 года о выдаче и наказании военных преступников и резолюцию 170(II) от 31 октября 1947 года, касающуюся выдачи военных преступников. См. также Исследование, подготовленное Генеральным секретарем, *Study as regards ensuring the arrest, extradition and punishment of persons responsible for war crimes and crimes against humanity and exchange of documentation*, (E/CN.4/983 и Add.1 и 2, A/8345). См. также *Analytical Survey prepared in accordance with resolution 1691 (LII) of ECOSOC on Principles of International Cooperation in the detection, arrest, extradition and punishment of persons guilty of war crimes and crimes against humanity* (A/8823). Московская декларация 1943 года предусматривала, что члены германских вооруженных сил и члены нацистской партии, ответственные за военные преступления или преступления против человечества, "будут возвращены в те страны, в которых были совершены их отвратительные деяния, для того чтобы они могли быть судимы и наказаны на основании законов этих освобожденных стран и свободного государственного строя, установленного в них". Декларация содержала оговорку о главных германских военных преступниках, "преступления которых не могут быть приурочены к какому-либо определенному географическому месту и наказание которых последует на основе решения, которое будет совместно принято правительствами союзных стран".

<sup>39</sup> Совместное особое мнение судей Хиггинс, Коойманса и Бюргенталя в деле *Arrest Warrant* (para. 5).

различные международные конвенции о предотвращении и наказании некоторых серьезных преступлений налагают на государства обязательства по судебному преследованию и выдаче, требуя, таким образом, от них расширить их уголовную юрисдикцию, такое расширение юрисдикции никоим образом не затрагивает иммунитеты согласно международному обычному праву; они по-прежнему могут быть противопоставлены в судах иностранного государства, даже если эти суды осуществляют эту юрисдикцию согласно таким конвенциям<sup>40</sup>.

15. Иммуниет действует в качестве барьера или препятствия для осуществления государством его юрисдикции, особенно в отношении судебной и правоприменительной юрисдикции. Хотя эти нормы взаимосвязаны, технически их следует отличать от тех норм, которые предусматривают защиту от вторжения, включая вопросы неприкосновенности<sup>41</sup>.

16. Хотя международное право не предусматривает какой-либо нормы, которая требует, чтобы структура государства строилась по какой-то конкретной схеме<sup>42</sup>, с течением времени большинство государств установили структуру, включающую следующие органы, чей статус имеет особое значение применительно к иммунитетам: а) глава государства; б) правительство; в) дипломатическая служба; г) консульская служба; и е) вооруженные силы государства<sup>43</sup>. Как правовая абстракция государство

---

<sup>40</sup> *Arrest Warrant*, para. 59. См. также статью 11 Гарвардского проекта конвенции о юрисдикции в отношении преступления, *op. cit.*, p. 592:

"При осуществлении юрисдикции согласно данной Конвенции государство уважает такие иммунитеты, которые предоставлены международным правом или международной конвенцией другим государствам или институтам, созданным международной конвенцией".

В резолюции Института 2005 года об универсальной уголовной юрисдикции в отношении преступления геноцида, преступлений против человечности, *op. cit.*, говорится, что положения резолюции не наносят ущерба иммунитетам, установленным международным правом.

<sup>41</sup> Неприкосновенность и иммунитет частично совпадают (пункты 1 и 3 статьи 22 и статьи 29–31 Венской конвенции о дипломатических сношениях). Однако первая статья в большей степени касается вопросов иммунитета от вторжения, тогда как последние применяются к юрисдикционным вопросам, в том числе к иммунитету от судебных процессов и от налогов. D.J. Harris, *Cases and Materials on International Law* (London: Sweet and Maxwell 1998) (Fifth Edition) p. 347.

<sup>42</sup> *Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports* 1975, p. 12, para. 94.

<sup>43</sup> N.A. Maryan Green, *International Law*, (Bath Press, Avon: Pitman Publishing, 1987), p. 126.

функционирует через действия отдельных лиц<sup>44</sup>. Обстоятельства, которые сохранились как исключения из осуществления юрисдикции согласно классическому международному праву, в дополнение к исключению, применяемому к самому государству, сгруппировались вокруг этих структур, и, как следствие, лицам поручили осуществлять функции от имени государства<sup>45</sup>.

## 1. Выделенные иммунитеты

17. Существуют различные виды иммунитетов, которые возникли согласно международному праву и охватывают ряд аспектов. В широком плане они включают: а) дипломатические иммунитеты; б) консульские иммунитеты; в) "иммунитеты суверена и главы государства"; д) иммунитеты государства; и е) иммунитеты международных организаций и должностных лиц, связанных с ними. Все эти иммунитеты имеют отношение к деятельности государства и его органов и формируют часть норм "дипломатического права"<sup>46</sup>. Однако все эти различные иммунитеты прошли разные, хотя и взаимосвязанные исторические пути, причем иммунитеты международных организаций возникли последними. В той мере, в которой иммунитеты международных организаций придаются международным должностным лицам, а не должностным лицам государства, они выходят за рамки этого исследования. Хотя право консульских иммунитетов имеет многолетнее длительное применение и происхождение, его специализированный характер

---

<sup>44</sup> См. пункт 2 статьи 4 Статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, *op. cit.*, пара. 76.

<sup>45</sup> Wheaton *op. cit.*, paras. 95-111, причисляет к таким изъятиям персону иностранного суверена, министра иностранных дел, посла или иного дипломатического агента, а также иностранную армию или флот. Термины "дипломатический представитель иностранного государства" или "дипломатический агент", видимо, употребляются как синонимы и взаимозаменяемы с термином "посол". Oppenheim, *International Law* (London: Longmans, Green & Co., 1905) vol. 1 Peace, pp. 414-15, описывает [министра] [секретаря] иностранных дел как главу министерства [ведомства] иностранных дел, "ведомства, которое после Вестфальского мира [1648 года] существует в каждом цивилизованном государстве... Он начальник всех послов государства, всех консулов и всех других представителей в международных делах...".

<sup>46</sup> Chanaka Wickeremesinghe, "Immunities enjoyed by officials of States and International Organizations" in Evans, (ed), *International Law, op. cit.*, p. 396.

позволил праву дипломатических иммунитетов оказать большее влияние на иммунитеты "суверена и главы государства" и на иммунитет государства<sup>47</sup>.

18. В своих усилиях по кодификации и прогрессивному развитию международного права Комиссия уже выработала нормы, касающиеся дипломатических и консульских иммунитетов и привилегий, таким образом, по существу рассматривая международные правовые нормы, применимые в отношении дипломатических и консульских служб. При исследовании темы "Юрисдикционные иммунитеты государств и их собственности" Комиссия также рассматривала аспекты, касающиеся иммунитета главы государства, правительства и вооруженных сил государства<sup>48</sup>.

**а) Дипломатический иммунитет versus иммунитета "суверена и главы государства"**

19. Синергия между дипломатическим иммунитетом и иммунитетом суверена и главы государства занимает видное место в работах классических авторов, в том числе Гроция, Бурламаки, Бинкершока и Ваттеля. Гроций отмечает, что авторитет, которым пользуются послы, не является авторитетом рядового лица; послы представляют величие направивших их суверенов, власть которых не ограничена никакой местной юрисдикцией<sup>49</sup>. Бурламаки утверждает, что основа привилегий, которые международное право предоставляет послам, заключается в том, что посол представляет личность своего государя; безусловно, он должен пользоваться всеми привилегиями и правами, которыми пользовался бы сам его государь в качестве суверена, если бы он прибыл в государство другого правителя, чтобы

<sup>47</sup> Например, раздел 20 Закона Соединенного Королевства о государственном иммунитете 1978 года предусматривает, что Закон о дипломатических иммунитетах 1964 года применяется с необходимыми изменениями к суверену и другим главам государства, как он применяется к главе дипломатической миссии.

<sup>48</sup> Дипломатические сношения и иммунитеты, консульские сношения и иммунитеты и юрисдикционные иммунитеты государств были в предварительном перечне тем, отобранных Комиссией, см. документ A/CN.4/13 и *Yearbook...* 1949, vol. I. Комиссия уже разработала нормы, касающиеся а) дипломатических миссий согласно Венской конвенции о дипломатических отношениях 1961 года; б) консульских миссий согласно Венской конвенции о консульских сношениях 1963 года; в) специальных миссий согласно Конвенции о специальных миссиях 1969 года; г) лиц, пользующихся международной защитой согласно Конвенции о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов 1973 года; и е) представительство государств согласно Венской конвенции о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера 1975 года.

<sup>49</sup> Grotius, *De jure belli ac pacis*. Book II, Chap. XVIII, sect. 4.

вести свои собственные дела<sup>50</sup>. Ваттель утверждал, что "суверен обязан защищать любых лиц в пределах своих владений", будь то его подданный или иностранец, и предоставлять ему убежище от насилия, но это внимание даже еще в большей степени полагается дипломатическому представителю иностранного государства. "Акт насилия... если он совершен в отношении дипломатического агента... является преступлением государства, преступлением против международного права"<sup>51</sup>. Утверждая, что суверен пользуется таким же, если не большим иммунитетом, как и посол, Бинкершок взывает к разуму, отмечая, что если послы, которые представляют правителя, ни в вопросе договоров, ни в вопросе преступлений не подлежат юрисдикции страны, в которой они действуют в качестве послов, то в случае с сувереном нельзя приходить к противоположному выводу. Точно так же как и послы (и фактически с еще большим основанием), короли и правители обладают иммунитетом от ареста, и в этом отношении они отличаются от всех частных лиц<sup>52</sup>.

#### **в) Основные теории иммунитетов**

20. Для предоставления иммунитетов выдвигаются три основные теории. Согласно "экстерриториальной теории" была создана юридическая фикция, в силу которой помещения представительства или временные помещения суверена воспринимаются в иностранной юрисдикции как продолжение территории направляющего государства. В словаре Вестлейка говорится, что «возникло желание найти юридическое основание для привилегий, которыми уже пользовались, что привело к фикции, будто огороженная территория вокруг здания дипломатической миссии является частью государства, которое

---

<sup>50</sup> Jean-Jacques Burlamaqui, *The Principles of natural and politic law* (в двух томах (1747, 1752)), перевод на английский Thomas Nugent (Electronic edition, Lonang Institute, copyright 2003, 2005), vol. II, Part IV-XI.)

<sup>51</sup> Emmerich de Vattel, *Droit des Gens* (в четырех книгах, 1758), перевод на английский Joseph Chitty (1833) (Electronic edition, Lonand Institute, copyright 2003, 2005), Book 4, chapt. 7, para. 82. См. также para. 92: "Невозможно представить себе, что правитель, направляющий посла или любого другого дипломатического представителя, может иметь какое-либо намерение подчинить его власти иностранной державы, и это соображение предоставляет дополнительный аргумент, который полностью устанавливает независимость дипломатического агента. Если нельзя с основанием предполагать, что его суверен имеет в виду подчинить его власти правителя, к которому он направлен, последний, принимая дипломатического агента, соглашается принять его на основе независимости; и, таким образом, между двумя суверенами существует молчаливое соглашение, которое придает новую силу естественному обязательству".

<sup>52</sup> Cornelius van Bynkershoek, *De Foro Legatorum Liber Singularis*, под редакцией James Brown Scott (containing an introduction by Jan de Louter, a photographic reproduction of the text of 1744, with a Translation by Gordon J.Laing, A List of Errata, and Indexes), (London: Oxford University Press), pp. 20-21.

ее направило, и, соответственно, к термину "экстерриториальность", указывающему на отсутствие географической территории или изъятие из нее»<sup>53</sup>.

21. Экстерриториальность дипломатических посланников рационалистически объяснялась необходимостью того, чтобы посланники, для целей выполнения своих обязанностей, были независимыми от юрисдикции и контроля принимающего государства, в то время как в случае с суверенами предпосылкой служил принцип *par in parem non habet imperium*<sup>54</sup> или *in parem non habet jurisdictionem*. Как следствие равенства государств, ни одно государство не может требовать юрисдикции над другим государством<sup>55</sup>. Иммунитет выводился также из принципов независимости и достоинства государств<sup>56</sup> и невмешательства<sup>57</sup>.

22. "Представительская теория" основывает иммунитеты на предположении, что представительство олицетворяет направляющее государство. Что касается суверена или главы государства, он представлял в своем лице коллективную власть государства<sup>58</sup> и считался его главным органом и представителем во всей совокупности международных отношений; все его юридически релевантные акты считались актами его государства; и его компетенция совершать такие акты была *jus repraesentationis omnimoda*<sup>59</sup>. Иммунитеты и привилегии принадлежали главе государства в его представительском качестве. Со временем ситуации, когда глава государства непосредственно и лично проводил переговоры с иностранной державой, стали редкими, и министр иностранных дел начал руководить внешней политикой государства от имени главы государства и с его согласия;

---

<sup>53</sup> John Westlake, *International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 1904), Part I, p. 263.

<sup>54</sup> Oppenheim, *op. cit.*, p. 441.

<sup>55</sup> Robert Jennings and Arthur Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, (London and New York: Longman, 1992), vol. 1, 9<sup>th</sup> edition, p. 341.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 342.

<sup>57</sup> *Pinochet case* (No. 3), Lord Saville of Newdigate, p. 642; Lord Millet, p. 645; Lord Phillips of Worth Matravers, p. 658.

<sup>58</sup> Robert Phillimore, *Commentaries upon International Law* (1871, 2nd Edition) vol. II pp. 127-128. См. также Arthur Watts, "The Legal Position in International Law of Heads of States, of Governments and Foreign Ministers", *Recueil des cours...*, vol. 247 (1994-III), pp. 9-136.

<sup>59</sup> Oppenheim, *op. cit.*, pp. 341, 343.)

он был посредником, "через руки которого должны проходить все операции, касающиеся иностранных дел"<sup>60</sup>.

23. "Теория функциональной необходимости" обосновывает иммунитеты необходимостью выполнения представительством своих функций. При выработке Венской конвенции о дипломатических сношениях Комиссия руководствовалась функциональной теорией "при решении проблем, в отношении которых практика не давала четких ориентиров, в то же время имея в виду представительский характер глав миссий и сами миссии"<sup>61</sup>. Теория функциональной необходимости, по-видимому, представляет более современное рациональное объяснение иммунитетов<sup>62</sup>. В деле "Об ордере на арест" было признано, что иммунитеты министров иностранных дел предоставлялись с целью обеспечить эффективное выполнение их функций от имени их соответствующих государств<sup>63</sup>.

### с) Иммулитеты на национальном уровне

24. На этом этапе можно упомянуть, что, поскольку иммунитеты возникают из такой функциональной целесообразности, нет ничего необычного в том, что они предоставляются путем принятия национального законодательства на внутреннем уровне в отношении главы государства, главы правительства или других представителей исполнительной ветви власти, таких как члены кабинета, или представителей законодательной ветви власти, включая спикера и членов палат законодательных собраний, в частности относительно заявлений, сделанных ими при выполнении их официальных функций. Смысл, заключенный в этих иммунитетах, коренится в конституционном порядке, в частности в принципе разделения властей<sup>64</sup>. Для функционирования различных ветвей власти весьма важно, чтобы должностные лица были способны выполнять свои соответствующие функции или выражать честное мнение, не опасаясь преследования или неодобрения.

---

<sup>60</sup> *Ibid.*, pp. 414-415.

<sup>61</sup> *Yearbook...* 1958 II, General comments on section II, paras. (1)-(3).

(REF: Quotation not found in the yearbook, waiting for reply of consulting official)

<sup>62</sup> *Ibid.* Комиссия отметила, что эта теория, по всей видимости, "завоевывает признание в наше время".

<sup>63</sup> *Arrest Warrant*, para. 53.

<sup>64</sup> Antonio Cassese, *International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2003), p. 264.

25. Международное обычное право, как представляется, не содержит какой-либо нормы, налагающей на государство общее обязательство игнорировать национальное законодательство, которое может предоставлять иммунитет в отношении своих собственных должностных лиц<sup>65</sup>. Однако любое такое национальное законодательство может вступить в конфликт с договорной нормой, налагающей обязательство предавать суду и наказывать лиц, совершивших преступления по международному праву<sup>66</sup>. Франция внесла изменения в свои конституционные положения, касающиеся иммунитета, с тем чтобы обеспечить соответствие своим обязательствам, взятым согласно Римскому статуту Международного уголовного суда<sup>67</sup>.

26. Настоящее исследование само по себе не занимается иммунитетами, которые согласно национальному законодательству полагаются должностным лицам государства для выполнения обязанностей согласно внутреннему порядку. Однако воздействие таких иммунитетов на успешное преследование преступлений не может быть недооценено. Другие препятствия на национальном уровне, которые могут затруднить своевременное и

---

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 273

<sup>66</sup> *Ibid.*, pp. 273-274. В своем Декрете № 2764 от 2002 года, обнародовавшем Римский статут Международного уголовного суда, *Diario Oficial Year CXXXVIII* No. 45015, 30 November 2002, Колумбия сделала следующее заявление по поводу ратификации Римского статута:

"1. Ни одно из положений Римского статута, касающихся осуществления юрисдикции Международным уголовным судом, не исключает предоставление амнистий, или помилований колумбийским государством в исполнительном или судебном порядке, в отношении политических преступлений, при условии что такое предоставление находится в соответствии с Конституцией и с принципами и нормами международного права, принятыми Колумбией".

<sup>67</sup> В своем решении о Конституционном совете Франции Конституционный совет постановил, что статья 27 Римского статута противоречит особому режиму уголовной ответственности, изложенному в статье 68 (1) Французской конституции (что члены правительства могут предаваться суду только Судом Республики за преступления и правонарушения при осуществлении их официальных функций); статье 68 (что президент Республики обладает иммунитетом в отношении действий, совершенных при осуществлении его функций, за исключением случая государственной измены); статье 26 (1) (что члены парламента обладают иммунитетом в отношении их мнений или решений, выраженных при осуществлении их функций); статье 26 (2) (что они не могут подвергаться уголовному или суммарному производству, за исключением случая вопиющего правонарушения, и не могут быть арестованы или лишены или ограничены в осуществлении их свободы, кроме как с разрешения бюро парламентской ассамблеи, членами которой они являются). Решение 98-408 DC-22 January 1998, доступно по адресу: [http://www.conseil-constitutionnel.fr/langues/anglais/a98409\\_dc.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/langues/anglais/a98409_dc.pdf). (по состоянию на 21 февраля 2009 года).



эффективное преследование или подвергнуть риску сотрудничество в уголовных делах, включают национальные законы, предоставляющие всеобщую амнистию; национальные статуты об исковой давности; а также применение *ne his in idem rule*<sup>68</sup>.

**d) Иммуниет "суверена и главы государства" versus иммуниета государства**

27. Хотя дипломатические иммуниеты касаются иммуниетов суверенов и главы государства, связь между последней категорией и государственным суверенитетом еще более тесная. Комиссия международного права в своем обзоре указала на преимущество включения иммуниетов главы государства, а также иммуниетов военнослужащих и вооруженных сил государства, в усилия по кодификации юрисдикционных иммуниетов государств и их собственности<sup>69</sup>.

28. Такая увязка не была случайной. Исторически принцип государственного суверенитета, получивший развитие в XIX веке, ведет свое происхождение от личного иммуниета суверенов или глав государств<sup>70</sup>. Обоснование было неопровержимым. В суверенном государстве XVII и XVIII веков монарх в своей абсолютной форме олицетворял государство, примером чего было легендарное изречение, приписываемое Людовику XIV: "*L'Etat, c'est moi*" ("*Государство – это я*")<sup>71</sup>. Король не мог совершать преступлений; монархи не подлежали привлечению к своему собственному суду. Для них считалось ниже их королевского достоинства явиться в свой собственный суд. Естественно, такое положение переносилось на отношения с другими монархами. Если он вступал на территорию другого монарха с его ведома и разрешения, это разрешение, хотя и не содержащее никакого явно выраженного условия, исключавшего его арест, повсюду понималось как подразумевающее такое условие. Считалось, что иностранный суверен не намерен подчиняться юрисдикции, несовместимой с его достоинством и достоинством его государства<sup>72</sup>. Признание таких иммуниетов было подсказано соображениями частично

---

<sup>68</sup> Общую информацию см. Cassese, *International Criminal Law, op. cit.*, chap. 17.

<sup>69</sup> Memorandum by the Secretary-General, (A/CN.4/1/Rev.1), *Yearbook...* 1949.

<sup>70</sup> Ian Sinclair, "The Law of Sovereign Immunity: Recent Developments", *Recueil des cours...*, vol. 167 (1980-II), p. 121.

<sup>71</sup> *Ibid.*

<sup>72</sup> Wheaton, *op. cit.*, para. 97.

вежливости и частично удобства, настолько значительными, что они были почти равны необходимости<sup>73</sup>. Было общепризнано, что осуществление юрисдикции в отношении иностранных государств или суверенов противоречит их достоинству и как таковое является несовместимым с международной вежливостью и дружескими международными отношениями<sup>74</sup>.

29. В Соединенных Штатах Америки "штаты, входящие в Союз" добились, чтобы государственный иммунитет оказывал уважение их достоинству<sup>75</sup>. Подчиниться высшей судебной власти Соединенных Штатов считалось принижением суверенитета штатов<sup>76</sup>. В деле "Скунер против Макфеддона" абсолютный иммунитет был пояснен следующим образом:

"Любой суверен, ни в каком отношении не зависящий от другого; и не будучи связан обязательствами высшего порядка не принижать достоинство своего государства, поставив себя или суверенные права своего государства под юрисдикцию другого суверена, может предположительно ступить на иностранную территорию только при ясно выраженном разрешении или в полной уверенности, что иммунитеты, полагающиеся его статусу независимого суверена, хотя и четко не обусловлены, оговорены подразумеваемым образом и будут распространены на него"<sup>77</sup>.

30. В Апелляционном суде Англии в деле *Parlement Belge* термины "достоинство", "независимость", "независимость и достоинство" и "равенство и независимость" использовались в разных значениях, чтобы обосновать, что осуществление юрисдикции было бы несовместимым с королевским достоинством суверена, – иначе говоря, его абсолютной независимостью от любой вышестоящей власти<sup>78</sup>.

"Принцип, который следует вывести из всех... дел, заключается в том, что как следствие абсолютной независимости любой суверенной власти и международного

---

<sup>73</sup> William Edward Hall, *op. cit.*, para. 48.

<sup>74</sup> Hersch Lauterpacht, "The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States", *BYBIL*, vol. 28 (1951), p. 230.

<sup>75</sup> *Ibid.*

<sup>76</sup> *Chisholm v. Georgia*, 2 Dall 412, at 425 (U.S.) 1793, quoted in Lauterpacht, *ibid.*

<sup>77</sup> (1812) 7 Cranch 116, pp. 136-137.

<sup>78</sup> (1880) LR 5 PD 197.

сообщества, побуждающей каждое государство уважать независимость и достоинство каждого другого суверенного государства, все без исключения отказываются осуществлять посредством своих судов любую свою территориальную юрисдикцию в отношении личности любого суверена... и поэтому он подлежит его юрисдикции только с общего согласия"<sup>79</sup>.

31. К концу XIX века итальянские и бельгийские суды возглавили выработку различия между *acta jure imperii*, то есть актами, приписываемыми суверену, или государственными актами, и *acta jure gestionis*, то есть актами, относящимися к коммерческой деятельности<sup>80</sup>. Таким образом, после окончания Первой мировой войны теория абсолютного государственного иммунитета начала все в большей степени склоняться к более ограничительной форме иммунитета, находящегося под влиянием подъема коммерческой деятельности, в которой государство также было главным игроком.

32. Обоснования иммунитета государства не всегда считались удовлетворительными и подвергались критике. Высказывалось мнение, что очевидного умаления прав равенства, или независимости, или достоинства государства, когда оно подчиняется обычной судебной процедуре, не происходит<sup>81</sup>. Лаутерпахт утверждал, что:

«вся концепция иммунитета государства, будь то иностранного государства от иска в своих собственных судах или самого государства территориальной юрисдикции, является пережитком тех времен, когда суверен, если он вершил правосудие в отношении подданного, делал это не по обязанности, а из милости... Она является проявлением не столько остинианской, сколько гоббсовской концепции государства – концепции, которую судья Холмс выразил в часто цитируемом и зачастую критикуемом отрывке в деле "Кавананакоа против Полибланка", где он обосновывал иммунитет государства "на логическом и практическом основании, заключающемся в том, что не может быть законного права, кроме как

---

<sup>79</sup> *Ibid.*, Brett I.J., pp. 207, 214-215.

<sup>80</sup> Harvard Project on Competence of Courts in regard to Foreign States, *AJIL, Supplement* vol. 26 (1932), pp. 451-649.

<sup>81</sup> Watts and Jennings, *op. cit.*, p. 342.

опирающегося на источник права, который создает закон, от которого эти права зависят"»<sup>82</sup>.

Лаутерпахт призывал к отмене, при условии строго оговоренных защитных мер и исключений, нормы иммунитета иностранных государств путем международного соглашения или односторонней законодательной меры<sup>83</sup>.

33. В современном проявлении заявление об иммунитете государства может быть сделано, когда в суде ведется разбирательство против иностранного государства. Заявление, сделанное в начале судопроизводства, считается предварительным<sup>84</sup>. Целью заявления является воспрепятствовать государству суда осуществить юрисдикцию и углубиться в существо иска, фактически блокируя разбирательство в государстве суда<sup>85</sup>.

## **2. Конвенция Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности**

34. Последний сдвиг в сторону ограничительного иммунитета лучше всего иллюстрирует Конвенция Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности<sup>86</sup>, принятая Генеральной Ассамблеей на

---

<sup>82</sup> Lauterpacht, *op. cit.*, p. 236.

<sup>83</sup> *Ibid.*, p. 237. Лаутерпахт отмечал, что иммунитет сохранится а) для законодательных актов иностранного государства или мер, принятых в этой связи; б) для исполнительных и административных актов иностранного государства в пределах его территории; в) в отношении контрактов, заключенных иностранным государством или с иностранным государством, за исключением случаев, когда закон места рассмотрения дела установлен в контракте; и д) в отношении исков или исполнения судебного решения против иностранного государства, противоречащих принятым принципам международного права в вопросе о дипломатических отношениях, *ibid.*, p. 237-240.

<sup>84</sup> Hazel Fox, "International Law and Restraints on the exercise of jurisdiction by national courts of States", in Evans, *International Law, op. cit.*, p. 384.

<sup>85</sup> *Ibid.* Последнюю критику изложенного формализма см. McGregor, "Torture and State Immunity: Deflecting impunity, Distorting sovereignty", *EJIL*, vol. 18 (2007), pp. 903-919.

<sup>86</sup> Более ранние попытки кодифицировать иммунитет государства: резолюция Institut de droit international (Института международного права) 1891 года о компетенции судов в исках, выдвинутых против иностранных государств, суверенов и глав государства, *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1891, p. 436; резолюция

основе работы, проделанной Комиссией<sup>87</sup>. Она включает вопрос иммунитетов государства от судебного разбирательства и от принудительного исполнения<sup>88</sup>. Для целей иммунитета определение государства согласно статье 2 Конвенции имеет особое значение. Оно дает широкое понимание иммунитета для всех видов или категорий образований и отдельных лиц: а) государство и его различные органы управления; б) составные части федеративного государства или политические подразделения государства, которые правомочны совершать действия в осуществление суверенной власти и действуют в этом качестве; в) учреждения или институты государства либо другие образования, в той мере, в какой они правомочны совершать и фактически совершают действия в осуществление суверенной власти государства; и d) представители государства, действующие в этом качестве. Существует понимание, что суверены и главы государств в их официальном качестве будут подпадать под пункты а) и d), в то время как имеется в виду, что другие главы правительства, главы министерских департаментов, послы, главы миссий, дипломатические агенты и консульские должностные лица, в их представительском качестве, подпадают под пункт d)<sup>89</sup>.

---

Института об иммунитете иностранных государств от юрисдикции и исполнительных мер 1954 года; резолюция Ассоциации международного права 1952 года, Доклад 55-й конференции, Люцерн, 1952, р. viii; Гарвардский проект о компетенции судов в отношении иностранных государств, *ibid.* На региональном уровне Афро-Азиатский консультативно-правовой комитет учредил Комитет по иммунитету государств в отношении коммерческих и других сделок частного характера, Заключительный доклад, 1960 год. М.М. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. 6 (1968), pp. 572-574. В рамках Совета Европы третье Европейское совещание министров юстиции (1964 год) согласовало инициативу, которая завершилась выработкой Европейской конвенции о государственной неприкосновенности 1972 года и Дополнительного протокола. См. также Брюссельскую конвенцию об унификации некоторых правил, касающихся иммунитета государственных судов, 1926 года. 13. См. также Кодекс Бустаманте, принятый на VI Международной конференции американских государств, состоявшейся в Гаване, Куба. League of Nations, *Treaty Series*, vol. 86, p. 111.

<sup>87</sup> Содержится в резолюции A/RES/59/38 Генеральной Ассамблеи от 2 декабря 2004 года.

<sup>88</sup> *Yearbook...* 1991, vol. II (Part Two), para. (2) комментария к проекту статьи 1, как принято Комиссией.

<sup>89</sup> *Ibid.*, para. (17) комментария к проекту статьи 2, как принято Комиссией.

35. Статья 3 Конвенции является защитительной оговоркой<sup>90</sup>. Пункт 1 ясно предусматривает, что Конвенция не наносит ущерба привилегиям и иммунитетам, которыми в соответствии с международным правом пользуется государство в отношении осуществления функций: а) его дипломатических представительств, консульских учреждений, специальных миссий, представительств при международных организациях или делегаций в органах международных организаций или на международных конференциях; и б) относящихся к ним лиц.

36. Пункт 2 не предрешает уровня иммунитетов, предоставляемых государствами иностранным суверенам или другим главам государства, их семьям или домочадцам и прислуге, которые могут также, на практике, распространяться на других членов их окружения. Аналогичным образом не предрешается заранее уровень иммунитетов, предоставляемых государствами главам правительства и министрам иностранных дел. Последняя категория не была четко включена в пункт 2 на том основании, что было бы трудно подготовить исчерпывающий перечень. Кроме того, любое подобное перечисление подняло бы вопросы, касающиеся основы и степени юрисдикционного иммунитета, полагающегося по праву подобным лицам<sup>91</sup>.

---

<sup>90</sup> Статья 3 гласит:

*"Привилегии и иммунитеты, не затрагиваемые настоящей Конвенцией*

1. Настоящая Конвенция не наносит ущерба привилегиям и иммунитетам, которыми в соответствии с международным правом пользуется государство в отношении осуществления функций:

- a) его дипломатических представительств, консульских учреждений, специальных миссий, представительств при международных организациях или делегаций в органах международных организаций или на международных конференциях; и*
- b) относящихся к ним лиц.*

2. Настоящая Конвенция не наносит ущерба привилегиям и иммунитетам, предоставляемым в соответствии с международным правом главам государств *ratione personae*.

3. Настоящая Конвенция не наносит ущерба иммунитетам, которыми в соответствии с международным правом пользуется государство в отношении воздушных судов или космических объектов, принадлежащих государству или эксплуатируемых им".

<sup>91</sup> *Yearbook...*, 1991, vol. II (Part Two, para. (7) комментария к проекту статьи 2, как принято Комиссией.

**а) Рассмотрение Комиссией проекта статьи 25, предложенной  
Специальным докладчиком Сомпонгом Сучариткулом**

37. Содержащие оговорки положения пункта 2 статьи 3 возникли после разъяснительных дебатов в Комиссии. Первоначально Специальный докладчик по этой теме в своем седьмом докладе (1985 год) предложил проект статьи 25, которая, по его мнению, была необходима, чтобы охватить всю сферу государственного иммунитета<sup>92</sup>, включая дипломатические и консульские иммунитеты, которые в действительности были иммунитетами государства и, в конечном счете, принадлежали ему, а также иммунитеты в отношении "единоличных суверенов и других глав государства"<sup>93</sup>.

38. Чтобы обосновать это положение, Специальный докладчик указал на судебную практику, которая показывает различие, проводимое для правящих суверенов, между актами, совершенными в качестве глав государства, и актами, совершенными в личном качестве<sup>94</sup>. Докладчик приписывал скудость практики в отношении суверенов, которых не преследовали в судебном порядке после окончания их правления, продолжительности их

---

<sup>92</sup> *Yearbook...* 1985, vol. II(1). For introduction, see S. Sucharitkul, Summary record of the 1942<sup>nd</sup> meeting, A/CN.4/SR.1942, *Yearbook...*, 1986, vol. I, para. 11. For the debate see *ibid.*, A/CN.4/SE.1942-1944. Проект статьи гласит:

*"Статья 25. Иммунитеты единоличных суверенов и других глав государства*

1. Единоличный суверен или глава государства обладает иммунитетом от уголовной и гражданской юрисдикции суда другого государства в течение его пребывания в должности. Необходимость в предоставлении ему иммунитета от гражданской или административной юрисдикции такого суда отсутствует:

- a) при разбирательстве, касающемся частного недвижимого имущества, которое расположено на территории государства суда, если он не владеет им от имени государства для правительственных целей; или
- b) при разбирательстве, касающемся наследования движимого или недвижимого имущества, в ходе которого он выступает как исполнитель завещания, администратор наследства, наследник или наследник по завещанию в качестве частного лица; или
- c) при разбирательстве, касающемся любой профессиональной или коммерческой деятельности, которая выходит за пределы его суверенных или правительственных функций.

2. Никакие меры по аресту или исполнительным действиям не могут быть приняты в отношении собственности единоличного суверена или главы государства, если они нарушают его личную неприкосновенность или неприкосновенность его резиденции".

<sup>93</sup> *Ibid.*, para. 12.

<sup>94</sup> *Ibid.*, paras. 13-14.

пребывания в должности<sup>95</sup>. Леклет Муньос утверждал, что самое главное для целей настоящего исследования – сохранение проекта статьи 25, которая необходима, потому что касается иммунитетов главы государства *ratione personae*. Исключение ее из-за ненужности, с учетом положений подпункта а) пункта 1 статьи 3 (теперь подпункт а) пункта 1 статьи 2), которые предусматривали иммунитет главы государства *ratione materiae*, означало бы, что нигде больше не будет содержаться никакого упоминания принципа иммунитета суверена или главы государства от уголовной юрисдикции; этот принцип не вытекал ни из каких других положений проектов статей<sup>96</sup>. В ответ Рейтер поинтересовался, будут ли суверены и главы государств пользоваться иммунитетом, если национальным судам придется судить за преступления против человечности; он утверждал, что следует рассмотреть этот аспект вопроса, хотя бы только в комментарии<sup>97</sup>. С другой стороны, Ушаков полагал, что проект статьи 25 является излишним и опасным. Он противоречит общепринятым нормам, включая работы, подготовленные Комиссией, такие как Нюрнбергские принципы<sup>98</sup>. Тиа, рассуждая в том же духе, предпочел исключить проект статьи, поскольку не представляется возможным утверждать без оговорок, что глава государства имеет иммунитет от уголовной юрисдикции. Если он будет сохранен, Комиссии следует, по его мнению, рассмотреть включение оговорки о возможности такого иммунитета, поскольку Комиссия работает также над проектом Кодекса преступлений против мира и безопасности человечества<sup>99</sup>.

39. Чтобы примирить различные точки зрения, Майю предложил включить в проект статьи 4 (нынешняя статья 3) ссылку на иммунитеты и привилегии единоличных суверенов и глав государств, признанных согласно "дипломатическим конвенциям и другим нормам действующего международного права"<sup>100</sup>. Затем Синклер предложил, чтобы эта проблема затрагивалась в проекте статьи 4, преобразовав тем самым материальный проект статьи 25, в которой был поднят спорный вопрос распространения режима на глав правительства и

---

<sup>95</sup> *Ibid.*, para. 13. Hall, *op. cit.*, para. 50 отмечает, что относительная краткость и редкость визитов суверенов в зарубежные страны и в еще большей мере обстоятельства, при которых они обычно имеют место, привели к тому, что закон, затрагивающий глав государств, остается общей доктриной, имеющей мало, если они вообще существуют, возможностей применения в спорных случаях.

<sup>96</sup> *Ibid.*, A/CN.4/SR.1942, Summary record of the 1942<sup>nd</sup> meeting, Lacleta Munoz, para. 53.

<sup>97</sup> *Ibid.*, Reuter, para. 56.

<sup>98</sup> *Ibid.*, Ushakov, paras. 29-31.

<sup>99</sup> *Ibid.*, A/CN.4/SR.1944, Summary record of the 1944<sup>th</sup> meeting, Doudou Thiam, paras. 39-40.

<sup>100</sup> *Ibid.*, Mahiou, paras. 12-18.



министров иностранных дел, а также вопрос о членах семьи и личной прислуге суверена или главы государства, в "процедурную или защитительную оговорку"<sup>101</sup>. Поскольку в проекте подпункта а) i) пункта 1 статьи 3 (ныне статья 2) государство определено как включающее "суверена или главу государства", что означает суверена или главу государства, действующего в официальном качестве, оговорка решит проблему, защищая эту ситуацию в соответствии с нормами обычного права, регламентирующими действия, совершаемые в личном качестве, или относящиеся к частной собственности<sup>102</sup>.

40. Специальный докладчик поддержал предложение Синклера. Тем не менее он предостерег, что Комиссия не может игнорировать ту часть международного права, которую она намерена подвергнуть кодификации и прогрессивно развивать, а именно государственные иммунитеты в целом, независимо от того, как эти иммунитеты именуется. Таким образом, в дополнение к предложению Синклера необходимо добавить еще два положения: а) что в своем официальном качестве суверены и главы государств обладают иммунитетами, указанными в проектах статей; и б) что в своем личном качестве они обладают иммунитетом от гражданской и уголовной юрисдикции во время своего пребывания на этом посту в соответствии с международным правом или в соответствии с обычаем, существующим в международном праве. Специальный докладчик высказал мнение, что вопрос о том, должна ли статья 25 также охватывать глав правительств, следует кратко рассмотреть в комментарии, который, таким образом, может представить Комиссии основу для дальнейшего изучения. По его мнению, содержание проекта статьи 25 нельзя должным образом отразить в проектах статей 3 и 4<sup>103</sup>.

---

<sup>101</sup> *Ibid.*, A/CN.4/SR.1944, Summary record of the 1944<sup>th</sup> meeting, Sinclair, paras. 23-26.

<sup>102</sup> *Ibid.* Sinclair, para. 26, предложил следующую формулировку:

"Настоящие статьи не наносят ущерба объему иммунитета, как иммунитета от юрисдикции, так и иммунитета от ограничительных мер в отношении частной собственности единоличного суверена или главы государства, которым они пользуются в соответствии с международным правом в отношении действий, совершаемых в личном качестве".

<sup>103</sup> *Ibid.*, A/CN.4/SR.1944, Summary record of the 1944<sup>th</sup> meeting, Special Rapporteur, paras. 50-52. Комиссия уже завершила серию проектов, касающихся различных аспектов государственных иммунитетов, таких как дипломатические и консульские отношения, специальные миссии, предотвращение преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, и наказание за них, и представительство государств.

41. Предложение Синклера легло в основу пункта 2 проекта статьи 4, принятого Комиссией в первом чтении<sup>104</sup>. Было подчеркнуто, что проект статьи 4 был просто защитительной оговоркой и не предоставлял никаких иммунитетов; существующее обычное право в этом вопросе оставалось нетронутым<sup>105</sup>. Поскольку некоторые элементы проекта статьи 25 были уже охвачены подпунктами а) и d) пункта 1 статьи 3 (нынешняя статья 2), пункт был изложен в обычных выражениях, без деталей.

#### **в) Рассмотрение Комиссией проекта статьи 4 во втором чтении**

42. В своем предварительном докладе в обзоре замечаний правительств Специальный докладчик Моту Огисо, который к тому времени сменил Сомпонга Сучариткула, заметил, что проект статьи 4, как он утвержден в первом чтении, встретил общую поддержку<sup>106</sup>. Что касается конкретных замечаний, сделанных по пункту 2, Германия заявила, что настоящий пункт, за исключением иммунитета глав государства, не содержит ссылки на некоторые виды иммунитета, и считает желательным, чтобы был включен пункт, разъясняющий в общей форме тот факт, что остаются нетронутыми виды иммунитета, иные нежели юрисдикционный иммунитет государств. Испания, ссылаясь на пункт 2 статьи 21

---

<sup>104</sup> *Ibid*, A/CN.4/SR.1968, Summary record of the 1968<sup>th</sup> meeting, Riphagen, *Chairman* of the Drafting Committee, paras. 24-27. Текст проекта пункта 2 статьи 4 гласит следующее:

"Настоящие статьи также не наносят ущерба привилегиям и иммунитетам, предоставляемым в соответствии с международным правом главам государств *ratione personae*".

<sup>105</sup> Комментарий к проекту статьи 4, принятому в первом чтении:

"...6) Пункт 2 предназначен для включения четкой ссылки на иммунитеты, предоставляемые в соответствии с существующим международным правом иностранным суверенам или другим главам государства в их личном качестве *ratione personae*. Юрисдикционные иммунитеты государств в отношении суверенов или других глав государства, выступающих в качестве государственных органов или представителей государства, рассматриваются в статье 3. Подпункты а) и d) пункта 1 статьи 3 охватывают различные органы управления государства и представителей государства, включая глав государства, независимо от систем правления. Поэтому оговорка, содержащаяся в пункте 2 статьи 4, касается исключительно частных действий или персональных привилегий и иммунитетов, признанных и предоставляемых в практике государств, и их статус никоим образом не затрагивается настоящими статьями. Существующее обычное право остается нетронутым.

7) Настоящие статьи не наносят ущерба объему иммунитетов, предоставляемых государствами иностранным суверенам или другим главам государства, их семьям и домочадцам и могущих на практике охватывать и других лиц их окружения". *Yearbook...* 1986, vol. II (2).

<sup>106</sup> A/CN.4/415 и Corr.1, Preliminary report, By Motoo Ogiso, Special Rapporteur, *Yearbook...* 1989, vol. II(1), para. 42.

Конвенции о специальных миссиях 1969 года, предложила включить не только привилегии глав государств, но также привилегии тех, кого признают за глав правительства, министров иностранных дел и лиц высокого ранга. Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии также предложило включить некоторых лиц, связанных с главой государства, например членов его семьи, проживающих вместе с ним, и его личную прислугу. Ссылаясь на Соглашение между участниками Североатлантического договора, касающееся статуса их сил, оно также предложило дополнительный защитительный пункт относительно привилегий и иммунитетов, которыми пользуются вооруженные силы одного государства, когда они находятся на территории другого государства с согласия последнего<sup>107</sup>.

43. Источник обязательства, породившего иммунитет, стал предметом противоречивых мнений в Комиссии. Специальному докладчику было не совсем ясно, пользуются ли, согласно обычному праву, главы правительств и министры иностранных дел теми же привилегиями и иммунитетами, что и главы государств. Привилегии и иммунитеты членов семей глав государств, министров иностранных дел и лиц высокого ранга предоставлялись скорее на основе международной вежливости, чем устоявшегося международного права. Подобным образом привилегии и иммунитеты вооруженных сил государства во время нахождения в другом государстве определяются скорее соглашением между затронутыми государствами, чем международным обычным правом. Соответственно, Специальный докладчик считал, что нет необходимости вводить какие-либо изменения в пункт 2. Томушат<sup>108</sup>, Рао<sup>109</sup>, Коррома,<sup>110</sup> Солари Тудела<sup>111</sup>, Павляк<sup>112</sup>, Рукунас<sup>113</sup> и аль-Хасауна<sup>114</sup>

---

<sup>107</sup> *Ibid.*, paras. 46-47. Комментарии и замечания правительств см. A/CN.4/410 и Add.1 в *Yearbook...* 1988, vol. II (Part One).

<sup>108</sup> CN.4/SR.2115, Summary record of the 2115<sup>th</sup> meeting, *Yearbook...* 1989, vol. I. Томушат предложил добавление "или другие должностные лица правительства" после "главы государства", с тем чтобы учесть применимые нормы международного права и, таким образом, оставить открытой возможность того, что есть другие лица, на которых распространяются определенные привилегии и иммунитеты.

<sup>109</sup> *Ibid.*, CN.4/SR.2117, Summary record of the 2117<sup>th</sup> meeting.

<sup>110</sup> *Ibid.*, CN.4/SR.2118, Summary record of the 2118<sup>th</sup> meeting.

<sup>111</sup> *Ibid.*

<sup>112</sup> *Ibid.*

<sup>113</sup> *Ibid.*

<sup>114</sup> *Ibid.*, CN.4/SR.2119, Summary record of the 2119<sup>th</sup> meeting. Аль-Хасауна предложил включить определенных лиц, связанных с главой государства, таких как члены его семьи, проживающие вместе с ним, и его личная прислуга, а также, возможно, премьер-министров и министров иностранных дел.

предпочли расширение сферы охвата пункта 2, чтобы ясно выраженным образом включить глав правительств и министров иностранных дел, а также высших должностных лиц. Рао, Корума, Солари Тудела и Рукунас сочли несостоятельным утверждение Специального докладчика о том, что такие привилегии предоставляются "скорее на основе международной вежливости, чем установленного международного права".

44. Подводя итоги дискуссии, Специальный докладчик указал, что он готов согласиться с большинством мнений по этому вопросу, хотя у него есть сомнения в отношении "лиц высокого ранга", поскольку нет общепринятого критерия для определения того, принадлежит ли данное лицо к высокому или обычному рангу, что может в результате привести к определенным трудностям при применении настоящего положения. Хотя в своем третьем докладе Специальный докладчик предложил новый пункт, который включает глав правительства и министров иностранных дел<sup>115</sup>, Редакционный комитет предпочел минималистский подход, отметив, что пункт 2 относится к привилегиям и иммунитетам, предоставляемым главам государств *ratione personae*, а не к тем, которыми они пользуются в качестве органов государства. По мнению Редакционного комитета, к данному вопросу не следует поэтому обращаться в проекте статей о государственном иммунитете. Однако поскольку ни одно правительство не предложило исключить настоящий пункт, было сочтено нецелесообразным исключать его на этапе второго чтения. Для того чтобы подчеркнуть значение, которое необходимо придавать защитительной оговорке, был составлен текст более гибкого характера путем исключения определенного артикля перед словами "привилегии и иммунитеты"<sup>116</sup>.

### с) Вопросы, оставшиеся открытыми

45. Режим иммунитета в Конвенции оставляет открытыми некоторые вопросы по крайней мере в четырех аспектах. Во-первых, настоящая Конвенция не касается

---

<sup>115</sup> Third report (A/CN.4/431 и Corr.1), by Motoo Ogiso, Special Rapporteur, *Yearbook...* 1990, vol. II(1). Предложенный текст гласит следующее:

"2. Настоящие статьи также не наносят ущерба привилегиям и иммунитетам, предоставляемым в соответствии с международным правом главам государства, главам правительства и министрам иностранных дел".

Это предложение было сделано после того, как проект статей был уже передан в Редакционный комитет.

<sup>116</sup> A/CN.4/L.444, Проект статей о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности. Заголовки и тексты, принятые Редакционным комитетом во втором чтении (статьи 1–10 и 12–16), приводятся в A/CN.4/SR.2191, para. 23 *et seq.*, *Yearbook ...*, 1990, vol. 1.

иммунитета в отношении уголовной юрисдикции<sup>117</sup>. Во-вторых, Конвенция рассматривает только вопросы юрисдикционного иммунитета глав государств и других представителей государства, действующих в этом качестве *ratione materiae* в контексте государственного иммунитета. Конвенция в ее общем подходе не применяется, когда имеется особый режим иммунитета, включая иммунитеты *ratione personae*. Прямое указание на глав государств в статье 3 не предполагает, что иммунитет *ratione personae* других должностных лиц государства затрагивается настоящей Конвенцией<sup>118</sup>. В-третьих, существуют противоречивые взгляды на то, в какой мере юрисдикционные иммунитеты вооруженных сил государства охватываются настоящей Конвенцией<sup>119</sup>. В-четвертых, настоящая

---

<sup>117</sup> В пункте 2 постановляющей части своей резолюции 59/38 Генеральная Ассамблея согласилась с общим пониманием, достигнутым в Специальном комитете, согласно которому Конвенция Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности не распространяется на уголовное судопроизводство. В своем заявлении в Шестом комитете Председатель Специального комитета обратил внимание на рекомендации Специального комитета, приведенные в пунктах 13 и 14 его доклада, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят девятая сессия, Дополнение № 22 (A/59/22)*, что Генеральной Ассамблее следует принять проект Конвенции и чтобы Генеральная Ассамблея включила в резолюцию о принятии проекта Конвенции общее понимание того, что Конвенция не распространяется на уголовное судопроизводство (A/C.6/59/SR.13, пункт 32). Первоначально общее понимание составляло часть общего понимания, приложенного к настоящей Конвенции, там же, *пятьдесят восьмая сессия, Дополнение № 22 (A/58/22)*, приложение II. Позднее посчитали, что более правильным будет поместить этот вопрос в резолюцию Генеральной Ассамблеи (A/59/22, пункт 11).

<sup>118</sup> Заявление Председателя Специального комитета по юрисдикционным иммунитетам государств и их собственности в Шестом комитете (A/C.6/59/SR.13, пункт 37). Он также отметил, что, в общем, Конвенцию следует рассматривать одновременно с комментарием, подготовленным Комиссией, по крайней мере пока не внесены изменения в представленный Комиссией текст. Комментарий Комиссии, доклады Специального комитета и резолюция Генеральной Ассамблеи о принятии Конвенции станут важной частью работы по подготовке Конвенции. Параллельное изучение текста Конвенции и комментария поможет, без сомнения, прояснить все вопросы, если возникнут какие бы то ни было проблемы с толкованием текста (A/C.6/59/SR.13, пункт 36).

<sup>119</sup> В своем заявлении в Шестом комитете Председатель Специального комитета разъяснил, что один из поставленных вопросов имел целью выяснить, распространяется ли действие Конвенции на военную деятельность. Возобладало мнение, что действие Конвенции на военную деятельность не распространяется. В любом случае следует обратиться к комментарию Комиссии к статье 12: "Данная статья не затрагивает также, в соответствии с положениями статьи 3, вопросов дипломатического иммунитета и не может применяться к ситуации вооруженного конфликта" (A/C.6/59/SR.13, пункт 36). Кроме того, предполагается, что статья 26 Конвенции, которая защищает существующие режимы, непременно будет подразумевать, что такие документы, как Европейская конвенция о государственном иммунитете 1972 года, будут иметь преимущественную силу, по крайней мере в отношениях между государствами – участниками обеих конвенций. Статья 31 этой Конвенции предусматривает: "Ничто в настоящей Конвенции не затрагивает какие-

Конвенция не затрагивает вопросов иммунитета, вытекающих из гражданских исков против актов государства в нарушение норм прав человека, имеющих характер *jus cogens*, особенно запрещение пыток.

46. Когда Комиссия в соответствии с резолюцией 53/98 Генеральной Ассамблеи учредила Рабочую группу<sup>120</sup> для подготовки предварительных замечаний по остающимся нерешенными проблемам, касающимся проектов статей о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, она привлекла внимание Генеральной Ассамблеи к усовершенствованию практики и законодательства государств, касающихся гражданских исков, которые подаются в национальной юрисдикции. Подобные иски выдвигаются на основании довода о том, что в иммунитете следует отказывать в случае смерти или нанесения телесных повреждений в результате действий государства, совершенных в нарушение норм прав человека, которые имеют характер *jus cogens* и, в частности,

---

либо иммунитеты или привилегии, которыми пользуется договаривающееся государство в отношении чего-либо сделанного или упущенного, что должно быть сделано, или в отношении его вооруженных сил, размещенных на территории другого договаривающегося государства". На семинаре по государственному иммунитету и новой Конвенции Организации Объединенных Наций, состоявшемся в Чатем-Хаус 5 октября 2005 года, профессор Хафнер, являвшийся председателем Специального комитета, был менее категоричен, заявив, что комментарий Комиссии уже определил военную деятельность в ситуации вооруженного конфликта как исключенную из Конвенции. Вопрос состоял в том, вся ли военная деятельность охватывалась этим исключением. Он напомнил заявление председателя Специального комитета, повторяя формулировку Комиссии, но добавил, что у него создалось впечатление, что Конвенция охватывает всю военную деятельность, однако предоставляет отдельным государствам самим делать собственные выводы на этот счет. Эндрю Дикинсон на том же семинаре заметил, что понятие "военная деятельность" шире, чем "ситуации, включающие вооруженные конфликты". Последствия событий во время войны вполне могут потребовать, чтобы в гражданском судопроизводстве иммунитеты для государств регулировали другие принципы. Итоговый документ Семинара доступен по адресу: [http://www.chathamhouse.org.uk/files/3280\\_ilpstateimmunity.pdf](http://www.chathamhouse.org.uk/files/3280_ilpstateimmunity.pdf) (по состоянию на 21 февраля 2008 года). В своем комментарии, представленном по этому вопросу, Япония сочла уместным, чтобы вопрос о юрисдикционных иммунитетах иностранных вооруженных сил решался на двусторонней основе и чтобы вооруженные силы государства, размещенные в другом государстве, были исключены из контекста проекта статей, документ A/48/464.

<sup>120</sup> В резолюции A/RES/53/98 Генеральная Ассамблея предложила Комиссии представить любые предварительные замечания относительно нерешенных вопросов существа, касающихся проектов статей о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, принимая во внимание последние изменения в практике государств и другие затрагивающие этот вопрос факторы, возникшие после утверждения проекта статей.

касаются запрещения пыток<sup>121</sup>. Внимание было также привлечено к делу Пиночета, которое подчеркнуло ограничения иммунитета в отношении грубого нарушения прав человека государственными должностными лицами. Хотя в принятом постановлении указывалось, что оно не влияет на правильность решений, поддерживающих ссылку на суверенный иммунитет в отношении гражданских исков, данное дело и полученная им широкая огласка вызвали появление настроений в поддержку мнения, что при рассмотрении как гражданских, так и уголовных исков государственные должностные лица не должны иметь права ссылаться на иммунитет в отношении актов пыток, совершенных на территории их государств. Комиссия отметила, что это обстоятельство не было изучено при рассмотрении нерешенных вопросов, но тем не менее оно является недавним событием, которое нельзя игнорировать<sup>122</sup>. Конвенция, однако, не затрагивает этот вопрос.

47. В заключение можно сделать следующие замечания:

1) В Конвенции нет определения термина "разбирательства". Однако было ясно указано, что его следует понимать таким образом, что он не охватывает уголовное разбирательство в любом государственном органе, наделенном полномочиями осуществлять судебные функции, независимо от его уровня или используемой терминологии<sup>123</sup>. Это подтверждается в соответствующей резолюции 59/38, приложением к которой является Конвенция.

2) В ходе выработки проектов статей о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности была сделана попытка привести в соответствие иммунитеты *ratione*

---

<sup>121</sup> Например, в Соединенных Штатах в Закон об иммунитетах иностранных суверенов была внесена поправка, включающая новое изъятие из иммунитета: раздел 221 Закона о борьбе против терроризма и реальном применении наказания в виде смертной казни 1996 года предусматривает, что иммунитет не будет предоставляться во всех случаях, "когда иностранному государству предъявляется иск о денежном возмещении ущерба, связанного с получением телесных повреждений, совершения внесудебного убийства, организации диверсии против самолета, взятия заложников...". United States, Public Law 104-132, 110 Stat. 1214 (1996).

<sup>122</sup> A/CN.4/L.576, Report of the Working Group on jurisdictional immunities of States and their property, *Yearbook...* 1999, vol. II (Part Two), appendix, para. 3-13.

<sup>123</sup> Commentary to article 2 (1)(a).

personaе по крайней мере с иммунитетом суверена и главы государства. В заключительном анализе вопрос был оставлен открытым путем включения защитительного положения, которое содержится в статье 3 настоящей Конвенции. Комиссия в своем обзоре за 1949 год исходила из предположения, что было бы удобным включить "в попытку кодифицировать юрисдикционные иммунитеты государств и их собственности иммунитетов глав государств", не включая в проект статей о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности положения по существу данного вопроса, кроме как в виде защитительной оговорки.

3) Предложение, выдвинутое Специальным докладчиком Сучариткулом, о включении иммунитетов должностных лиц государства *ratione personae* в сферу охвата статей о юрисдикционных иммунитетах почти целиком заимствовано из статьи 31 Венской конвенции о дипломатических сношениях, и представляется, что это согласуется с подходами, которым следуют на национальном уровне некоторые страны<sup>124</sup>. Мнения в отношении источника обязательств, касающихся иммунитета, особенно когда речь идет о должностных лицах помимо суверена и главы государства, сильно разошлись.

4) Тот факт, что государство согласно настоящей Конвенции включает суверенов и глав государств в их официальном качестве, а также глав правительств, глав министерских департаментов, послов, глав миссий, действующих в качестве представителей, порождает возможность частичного совпадения режима, предусмотренного Конвенцией, и любого иммунитета, которым обладают *ratione personae* согласно обычному праву, в частности, в обстоятельствах, когда ссылаются на иммунитет *ratione materiae* в отношении преступлений по международному праву. Эти вопросы рассматриваются подробнее в части второй.

5) Вопрос иммунитета от уголовной юрисдикции в отношении преступлений по международному праву, представляющий интерес для Комиссии в ее работе над проектом Кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, принимался во внимание в ходе дебатов, и было признано, что работе над этими вопросами нельзя наносить ущерб. Рассмотрение Комиссией этого аспекта будет охвачено в разделе D настоящей части.

---

<sup>124</sup> См., например, Закон о государственном иммунитете Соединенного Королевства.



### **3. Другие методики, ограничивающие осуществление судебной юрисдикции**

48. Помимо рассмотренных выше, в разделе С.1 d), различных аспектов, касающихся юрисдикционных иммунитетов, воспринимаемых как процедурное препятствие, существуют другие связанные с ними методики, которые предоставляют судам возможность уйти от осуществления юрисдикции в отношении отдельно взятого вопроса. Данный подраздел касается вопросов непригодности для судебного рассмотрения и доктрины акта государства. Не каждый вопрос, который ставится в суде, подлежит судебному определению. Дело является приемлемым для рассмотрения в суде, если его рассматривают в соответствии с законом<sup>125</sup>. В некоторых внутренних правовых системах на основе принципа разделения властей конституционного права установлено, что есть ряд вопросов, предположительно подпадающих под компетенцию исполнительной ветви власти, которые непригодны для рассмотрения в судебном порядке. Если посмотреть с высоты обобщения, государственный иммунитет и доктрина акта государства как методики ухода от судебного рассмотрения охватываются понятиями возможности рассмотрения в судебном порядке.

#### **а) Непригодность для судебного рассмотрения**

49. Заявление о непригодности для судебного рассмотрения может быть подано при судебном разбирательстве независимо от того, является или нет его участником иностранное государство<sup>126</sup>, и это может быть сделано на предварительной или основной стадии<sup>127</sup>. Если на него ссылаются в разбирательстве, касающемся иностранных исполнительных актов, суд обычно отказывается рассматривать дело о реализации суверенных полномочий, таких как объявление войны, заключение мира, заключение международных договоров или уступка территории<sup>128</sup>.

---

<sup>125</sup> Malcolm N. Shaw, *op. cit.* (2003), p. 162.

<sup>126</sup> Fox, "International Law and Restraints...", *op. cit.*, p. 384.

<sup>127</sup> *Ibid.*

<sup>128</sup> Shaw, *op. cit.* (2003), p. 384.

50. В деле *Buttes Gas and Oil and Company v. Hammer* (No. 3)<sup>129</sup> лорд Вилберфорс очертил контуры этой доктрины, по крайней мере, как она применяется в английском законодательстве, следующим образом:

«Поэтому я полагаю, что основной вопрос заключается в том... существует ли в английском праве более общий принцип, в соответствии с которым суды не выносят решения по сделкам иностранных суверенных государств. Хотя я бы предпочел избежать спора о терминологии, представляется желательным рассматривать этот принцип, если он существует, не как разновидность "акта государства", а как принцип судебного ограничения или воздержания»<sup>130</sup>.

51. В рассматриваемом деле Суду было ясно, что в том случае, если бы ему было позволено продолжить судебное разбирательство, оно повлекло бы рассмотрение вопросов, касающихся таких проблем, как: а) какое государство имеет суверенитет над определенным районом; б) ширина территориального моря этого района; и с) разграничительная линия континентального шельфа между государствами. Углубление в изучение этих вопросов включало бы рассмотрение значения и последствий сделанных параллельно заявлений; анализ того, равнозначны ли они межгосударственному соглашению; и обсуждение их "незаконности" согласно международному праву. Суд воздержался от этого, смирившись с тем, что это были не те вопросы, по которым муниципальный суд мог бы выносить решение. Оставляя в стороне все возможности затруднений во внешних сношениях, "не было судебных норм или подходящих стандартов, по которым следовало бы судить эти вопросы. Суд оказался бы в судебном вакууме"<sup>131</sup>.

52. Таким образом, непригодность для судебного рассмотрения, по крайней мере, как она понимается в англо-американских правовых традициях, запрещает национальным судам выносить судебные решения по определенным вопросам, таким как международные отношения между государствами, по причине отсутствия у них каких-либо судебных норм или подходящих стандартов для решения этих вопросов<sup>132</sup>. Принцип непригодности для

---

<sup>129</sup> [1982] A.C. 888. См. также *ILLR*, vol. 64, p. 331.

<sup>130</sup> *Ibid.*, p. 344

<sup>131</sup> *Ibid.*, p. 351.

<sup>132</sup> Fox, "International Law and Restraints...", *op. cit.*, p. 364.

судебного рассмотрения не означает, что суд имеет ограниченные возможности, поскольку он не знаком с международным правом или посчитал, что имело место нарушение этого права. Например, в соответствующих обстоятельствах суд вправе вникнуть в содержание международного права при принятии решения о том, признавать ли иностранный закон<sup>133</sup>.

## **б) Доктрина акта государства**

53. Доктрина акта государства связана с доктриной непригодности для судебного рассмотрения, однако ее точные контуры, а также ее статус в международном праве, неясны. Некоторые комментаторы доказывают, что это по существу доктрина коллизионного права<sup>134</sup>, в то время как другие утверждают, что это не норма

---

<sup>133</sup> См. Lord Nicholls in *Kuwait Airways Corp. v. Iragi Airways Co. et al.* (No. 2), 16 May 2002, [2002] UKHL 19, para. 26.

Также доступно по адресу: <http://www.publications.parliament.uk/pa/od200102/ldjudgmt/jd02516/kuwait-1.htm> (последнее посещение 5 февраля 2008 года). Лорд Хоуп в пункте 140 заявил:

"Как я себе представляю, суть исключения государственной политики заключается в том, что она не является столь застывшей. Золотое правило заключается в том, что необходимо следить за тем, чтобы не распространять ее применение за четкими пределами принципа. Эти пределы предъявляют требование, что там, где остается место для сомнения, должна осуществляться судебная сдержанность. Однако необходима именно сдержанность, а не воздержание. И нет никакой необходимости в сдержанности при рассмотрении вопросов государственной политики, когда бесспорно ясно, что была нарушена четко установленная норма международного права".

<sup>134</sup> Различные точки зрения см., в целом, Louis Henkin, "Act of State Today: Recollections in Tranquility", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 6 (1967), p. 175. См. также: House of Lords, *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet Ugarte*, 25 November 1998, приводится в *International Legal Materials*, vol. 37, 1998 (cited as "Pinochet (No. 1)"), Lord Nicholls, p. 1331:

"Доктрина акта государства является принципом обычного права неопределенного применения, которая не позволяет английскому суду исследовать законность определенных актов, совершенных при осуществлении суверенных полномочий в пределах зарубежной страны или, подчас, за ее пределами. Считается, что официальные заявления судей в XIX веке (например, в деле *Duke of Brunswick v. King of Hanover* (1848) 2 H.L.Cas. 1 и *Underhill v. Hernandez* (1897) 169 U.S. 456) отражали норму международного права. Современный взгляд состоит в том, что этот принцип является одним из принципов внутреннего права, который отражает признание судами того, что некоторые определенные вопросы иностранных дел невозможно рассматривать в судебном порядке (*Buttes Gas and Oil Co. V. Hammer* [1982] A.C. 888), и, в частности в Соединенных Штатах, что судебное вмешательство во внешние сношения может вторгнуться в сферу компетенции двух других ветвей власти (*Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* 376 U.S. 398)".

международного публичного права<sup>135</sup>. Один комментатор установил по крайней мере семь значений, в которых выражение "акт государства" используется в правовой среде<sup>136</sup>. Для целей настоящего исследования, возможно, потребуется провести различие между двумя видами "акта государства". Выше, в разделе C.1 d), мы уже обращались к "актам государства", когда иностранному правительству предоставляется иммунитет от судебного разбирательства в отношении него самого или его собственности. Такой иммунитет признается собственно государственным иммунитетом. Однако существует другой "акт государства", который подразумевает, что акт правительства одного государства, такой как его законы, не является предметом расследования в судебном разбирательстве в судах другого государства. Этот вид заявления об иммунитете может быть выдвинут в разбирательстве, стороной которого является частное лицо или иностранное государство<sup>137</sup>. В деле "Андерхилл против Хернандеса", которое считается *locus classicus*, было установлено, что:

"Каждое суверенное государство обязано уважать независимость каждого другого суверенного государства, и суды одной страны не должны выносить решения об актах правительства другой страны, совершенные в пределах ее собственной территории. Сатисфакция таких актов должна достигаться с помощью средств, открытых для использования суверенными державами в отношениях между ними"<sup>138</sup>.

---

<sup>135</sup> Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (Oxford and New York: Oxford University Press, 2003) (Sixth edition), p. 483). См. также *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 307F 2d 845 (1962), p. 855:

«Доктрина акта государства кратко заявляет, что американские суды не будут выносить решения о законности актов иностранных правительств, совершенных ими в качестве суверенов в пределах их собственных территорий... Эта доктрина является одной из конфликтных правовых норм, применяемых американскими судами; она не является сама по себе нормой международного права... она вытекает из концепции иммунитета суверенов, поскольку "суверен не может совершать преступления"».

<sup>136</sup> Philip Allott, "The Courts and the Executive: Four House of Lords Decisions", *Cambridge Law Journal* vol. 36 (1977), p. 270.

<sup>137</sup> Fox, "International Law and Restraints...", *op. cit.*, p. 364.

<sup>138</sup> *Underhill v. Hernandez*, 168 U.S. 250, 18 S.Ct. 83, 42 L.Ed. 456 (1897).

54. Хотя доктрина акта государства является общепризнанной доктриной в системах обычного права, она редко применяется трибуналами гражданского права<sup>139</sup>. Доктрина акта государства является обращением к материальному праву<sup>140</sup>. В отличие от заявления об иммунитете, она не является процессуальной<sup>141</sup>. Данная доктрина не является абсолютной. Она подлежит исключениям<sup>142</sup>. Хотя судья Кардозо в деле «Лукс против нью-йоркской компании "Стандард Ойл"» в своей знаменитой речи и заявлял, что суд должен не принимать во внимание иностранный декрет только в том случае, если он "нарушает некоторые основополагающие принципы правосудия, некоторые общепринятые понятия нравственности, некоторые глубоко укоренившиеся традиции благосостояния общества"<sup>143</sup>, закон иностранного правительства не может быть применен в государстве суда, если это противоречит общественным интересам. В деле "Оппенгеймер против Кэттермоула", которое касалось декрета национал-социалистского правительства Германии 1941 года, лишавшего еврейских эмигрантов их германского гражданства, с его сопутствующими последствиями, ведущими к конфискации их собственности, лорд Кросс-оф-Челси заявил, что дискриминационный в расовом отношении и конфискационный закон такого рода является настолько серьезным нарушением прав человека, что суды Соединенного Королевства вообще должны отказаться признавать его в качестве закона<sup>144</sup>.

55. В деле «Корпорация "Кувейтские авиалинии" против компании "Иракские авиалинии"» (No. 2) лорд Николс заметил следующее:

"При решении вопроса посредством отсылки к иностранному праву суды этой страны должны обладать остаточными полномочиями, которые следует осуществлять в исключительных случаях и с величайшей осмотрительностью, чтобы игнорировать положение иностранного закона, когда поступать иначе

---

<sup>139</sup> Oliver, *Firmage, et al., op. cit.*, p. 624 отметил, что трибуналы в системах гражданского права применяют принцип, отвергающий исследование законности иностранной правовой нормы, которая в ином случае была бы применимой. Иностранная норма, которая противоречила бы общественному порядку государства суда, не должна применяться. Однако термин "акт государства" применяется редко.

<sup>140</sup> Fox, "International Law and Restraints...", *op. cit.*, p. 364. См. также Brownlie, *Principles...*, *op. cit.*, p. 50.

<sup>141</sup> См., однако, точки зрения, разделяемые некоторыми учеными, которые считают иммунитет *ratione materiae* материально-правовой защитой; см. ниже, сноска 213.

<sup>142</sup> Общую информацию см. Fox, "International Law and Restraints...", *op. cit.*, p. 384.

<sup>143</sup> (1918) 120 NE 189 at 202.

<sup>144</sup> [1976] AC 249 at 277-278.

означало бы оскорблять основные принципы правосудия и справедливости, которые стремятся применять суды при отправлении правосудия в этой стране. Грубые нарушения прав человека являются одним примером, и важным примером, такого условия. Но этот принцип не может быть сведен к одной конкретной категории неприемлемых законов. Это было бы и неразумным, и нелогичным. Законы могут быть в своей основе неприемлемыми по иным причинам, нежели нарушения прав человека"<sup>145</sup>.

56. На этом вопросе можно было бы поставить точку. Защита путем ссылки на "акт государства" применяется также в уголовном судопроизводстве<sup>146</sup>. Однако этот вариант "акта государства", основанный на максиме *par in parem non habet imperium*, имеет отношение к иммунитету *ratione materiae*. Он постулирует, что государство не может судить лицо за уголовное деяние, которое представляет собой "акт государства" другого государства, без согласия этого государства на суд данного лица. По Кельсену, за это нарушение международного права путем такого деяния несет ответственность исключительно государство, от чьего имени действовал "орган" (правитель или должностное лицо), в то время как сам нарушитель, за исключением шпионажа и военной измены, ответственности не несет<sup>147</sup>. Утверждается, что это общее правило является общепринятым в международном праве<sup>148</sup>. В деле Эйхмана<sup>149</sup> утверждалось, что

---

<sup>145</sup> Para. 19. В этом деле лорд Хоуп пришел к следующему выводу:

"...Я буду придерживаться мнения, что законодательный акт иностранного государства, который является вопиющим нарушением четко установленных норм международного права, не должен признаваться судами этой страны в качестве части, образующей *lex situs* упомянутого государства".

<sup>146</sup> Лорд Силн-оф-Хэдли в деле Пиночета (№ 1) утверждал, что, несмотря на различные взгляды, высказанные в отношении того, что охватывается доктриной акта государства... если установлено, что бывший глава государства имеет право на иммунитет от ареста и экстрадиции по тем основаниям, которые он уже указал, суды Соединенного Королевства не должны выносить решения по фактам, опираясь на которые рассчитывали обосновать этот арест, однако, по словам лорда Вилберфорса [в деле *Buttes Gas*], они должны осуществлять "судебную сдержанность или воздержание".

<sup>147</sup> Hans Kelsen, "Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31 (1942-1943), p. 530.

<sup>148</sup> *Prosecutor v. Blaškić*, (IT-95-14), Appeals Chamber, Judgement on the Request of the Republic of Croatia on for the review of the decision of Trial Chamber II of 18 July 1997 (Subpoena decision), para. 41. Общую информацию см. также в Akehurst, *op. cit.*, pp. 240 et seq.

<sup>149</sup> *Attorney-General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*, para. 28 и *Attorney-General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*, Supreme Court (sitting as a Court of Criminal Appeal), para. 14.

преступления против еврейского народа, преступления против человечности и военные преступления, в которых обвинялся подсудимый, были совершены при исполнении служебных обязанностей и представляли собой "акты государства", за которые несло ответственность только германское государство. Окружной суд отверг эту точку зрения по нескольким основаниям. Во-первых, он отметил, что теория "акта государства" уже была признана недействительной международным правом в отношении международных преступлений. Она была отвергнута Нюрнбергским международным военным трибуналом<sup>150</sup>, а затем и Генеральной Ассамблеей Организации Объединенных Наций, когда в своей резолюции 95 (I) от 11 декабря 1946 года она подтвердила Нюрнбергские принципы. Генеральная Ассамблея в резолюции 96 (I) от 11 декабря 1946 года также подтвердила, что согласно международному праву геноцид является преступлением. Принцип III Нюрнбергских принципов, сформулированный Комиссией международного права, и статья IV Конвенции о геноциде стали примерами отклонения этих заявлений в отношении одиозных преступлений.

57. Во-вторых, Окружной суд отклонил кельсенианскую теорию, отмечая, что с государством, которое планировало и осуществляло "окончательное решение", нельзя обращаться как *rag in reum*, его можно рассматривать только как банду преступников.

58. Верховный суд также отклонил это заявление. Суд, соглашаясь с Окружным судом, заявил, что какой бы ни была ценность доктрины акта государства в других делах, она не может обладать силой в качестве защиты в отношении международных преступлений, с учетом статьи 7 Устава Международного военного трибунала, Нюрнбергских принципов и Конвенции о геноциде. Сама суть Устава заключалась в том, что лица имеют международные обязанности, которые обладают преимущественной силой по сравнению с национальными обязательствами подчинения, налагаемыми отдельным государством. Если кто-то нарушил законы войны, иммунитет не может быть получен, пока совершаются действия по исполнению указаний государства, если это государство уполномочивает совершать действия, выходящие за рамки его компетенции по международному праву.

---

<sup>150</sup> *Ibid.*

59. Суд также заметил, что, проистекая из концепции "суверенитета", который не является абсолютным, доктрина "акта государства" должна применяться подобным образом; она сама не является абсолютной. Кроме того, не было никакого основания для этой доктрины, когда речь шла о деяниях, запрещенных международным правом, особенно когда они являются международными преступлениями класса "преступления против человечности". Такие деяния, с точки зрения международного права, полностью выходят за рамки "суверенной" юрисдикции государства, которое приказало или ратифицировало их совершение, и, следовательно, те, кто участвовал в таких деяниях, должны персонально отвечать за них и не могут прикрываться служебным характером своих задач и поручений или "законами" государства, в силу которых они, по их словам, действовали. Международное право постулировало, что государству невозможно санкционировать деяние, нарушающее строгие запреты.

60. Аналогичные аргументы были выдвинуты в Нюрнберге<sup>151</sup>. Защита доказывала, во-первых, что по международному праву отдельные лица не могут быть уголовно ответственными, поскольку только государства являются субъектами международного права и только они могут отвечать за "международное правовое преступление"; во-вторых, что определенные деяния, приписываемые подсудимым в качестве преступлений против мира, являются деяниями государства, которые могут быть вменены только в вину государству и лицам, которые совершили их, выступая в качестве государственных органов. Наказание лиц за их решения, касающиеся войны и мира, означало бы разрушение понятия государства. Однако защита признавала, что в исключительных случаях обычаи войны в отношении некоторых военных преступлений ликвидировали "стену, воздвигнутую международным правом, уважающим государственный суверенитет, между действующим лицом и иностранными державами".

61. В свою очередь, обвинение отрицало существование какого-либо принципа международного права, заключающегося в том, что государство, а не лицо может быть

---

<sup>151</sup> В *Goering and others*; Nurnberg Military Tribunal, 1<sup>st</sup> October 1946, в *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, vol. 13, p. 203 at p. 221. См. в целом Меморандум Генерального секретаря, *The Charter and Judgment of the Nurnberg Tribunal, History and Analysis*, A/CN.4/5 (United Nations Publications, Sales No. 1949.V.7). См. также исследование Секретариата *Historical Review of Developments relating to Aggression* (United Nations Publication, 2003, Sales No.E.03.V.10).



признано ответственным по международному праву; случаи пиратства, прорыва блокады, шпионажа и военных преступлений указывают на обязанности, которые международное право возложило непосредственно на лиц<sup>152</sup>. Преступления, о которых идет речь в Нюрнбергском уставе, были скорее изложением необходимости подтвердить, что права и обязанности государств являются правами и обязанностями людей и что, если "они не обязывают отдельных лиц, они не обязывают никого".

62. Отвергая доктрину акта государства, обвинение далее заявило, что подтверждение серией решений того, что ни одно государство не имеет власти над другим суверенным государством или над его главой или представителем, основано на требованиях международной вежливости и мирных и спокойных международных сношений. Такие решения не являлись основанием для утверждения, что те, кто конституирует органы, – те, кто скрывается за спиной государства, – наделены правом полагаться на метафизическое образование, которое они создали и контролируют, когда по их указаниям это государство намеревается разрушить ту самую вежливость, от которой зависят нормы международного права.

63. Трибунал, не колеблясь, подтвердил уголовную ответственность лиц согласно международному праву; уже давно было признано, что международное право налагает обязанности и ответственность на отдельных лиц точно так же, как и на государства. Это подтверждается в часто цитируемом отрывке:

"Преступления против международного права совершаются людьми, а не абстрактными единицами, и только посредством наказания отдельных лиц, совершающих такие преступления, могут быть соблюдены положения международного права"<sup>153</sup>.

---

<sup>152</sup> Что касается шпионажа, см. ст. 29–31 Положения о законах и обычаях сухопутной войны, прилагаемого к IV Гагской конвенции от 18 октября 1907 года.

Ст. 41 II Гагской конвенции о законах и обычаях сухопутной войны от 29 июля 1899 года гласит:

"Нарушение условий перемирия частными лицами, действующими по собственному почину, дает только право требовать наказания виновных и вознаграждения за понесенные потери, если бы таковые случились".

<sup>153</sup> Nazi Conspiracy and Aggression, Opinion and Judgment, (Washington: United States Government Printing Office, 1947), p. 53, quoted in Memorandum by the Secretary-General, *The Charter and Judgment of the Nurnberg Tribunal...* *op. cit.*, p. 41.

64. Что касается доктрины акта государства, Трибунал констатировал:
- "Принцип международного права, который при определенных обстоятельствах защищает представителей государства, не может применяться к деяниям, которые осуждены международным правом как уголовные. Виновники этих деяний не могут прикрываться своим официальным положением, чтобы избежать наказания в соответствующих судебных процессах"<sup>154</sup>.
65. Трибунал исходит также из статьи 7 Устава и констатирует, что:
- "...сама суть Устава заключается в том, что лица несут международные обязанности, которые имеют преимущественную силу по сравнению с их национальными обязательствами подчинения, наложенными отдельным государством. Если кто-то нарушил законы войны, иммунитет не может быть получен, пока совершаются действия по исполнению указаний государства, если это государство уполномочивает совершать действия, выходящие за рамки его компетенции по международному праву"<sup>155</sup>.
66. Подход к доктрине "акта государства" в деле Эйхмана и на Нюрнбергском процессе имеет отношение к вопросам, касающимся иммунитета *ratione materiae*, который будет темой дальнейшего рассмотрения в части второй.

#### **D. Индивидуальная уголовная ответственность и лишение иммунитета**

67. Для того чтобы сделать вывод, имелась ли какая-либо форма исключения из правила о предоставлении иммунитета от уголовной юрисдикции действующему министру иностранных дел, Международный Суд в деле "Об ордере на арест" изучил, помимо прочего, правила, касающиеся иммунитета или уголовной ответственности лиц, действующих в официальном качестве, содержащиеся в юридических документах, создающих международные уголовные трибуналы, и установил, что он не в состоянии заключить, что в международном обычном праве существует какое-либо исключение в отношении национальных судов<sup>156</sup>. Суд также заметил, что иммунитет от уголовной

---

<sup>154</sup> *Ibid.*, pp. 41-42.

<sup>155</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>156</sup> *Arrest Warrant*, para. 58.

юрисдикции и личная уголовная ответственность являются совершенно разными понятиями. Сопоставляя оба эти понятия, Суд отметил, что последнее было по своему характеру процессуальным, в то время как первое являлось вопросом материального права<sup>157</sup>.

68. Однако формализм в этой дихотомии склонен затушевывать природу динамичной связи, которая, по всей видимости, существует. Эта связь между национальными уголовными юрисдикциями, с одной стороны, и международными юрисдикциями, с другой стороны<sup>158</sup>, остается релевантной в вопросах, касающихся иммунитета. Как заключили трое судей в их особом мнении в деле "Об ордере на арест": "Возрастающее признание важности обеспечения того, чтобы виновники серьезных международных преступлений не оставались безнаказанными, оказывает воздействие на иммунитеты, которыми высшие сановники пользовались согласно традиционному обычному праву"<sup>159</sup>.

69. Существует тесная взаимосвязь между иммунитетом и индивидуальной уголовной ответственностью. В частности, два явления в международном уголовном праве в XX столетии, по-видимому, оказали воздействие на дискуссии, касающиеся разработки иммунитетов: учреждение международной уголовной юрисдикции и развитие материального права, касающегося недопустимости ссылки на должностное положение; каждое из этих явлений эффективным образом поднимало уровень ответственности за вопиющие преступления. Чтобы поместить в правильный контекст вопросы иммунитета, рассмотренные в части второй данного исследования, в настоящем разделе дается историческая справка о развитии международного уголовного права и обзор положений в этом праве, касающихся недопустимости ссылки на должностное положение для целей уголовной ответственности<sup>160</sup>.

---

<sup>157</sup> *Ibid.*, para. 60.

<sup>158</sup> См. заявление председателя Ши (бывшего председателя Международного Суда) по теме "Иммунитеты в международном праве в юриспруденции Международного Суда" по случаю визита премьер-министра Мадагаскара 23 октября 2003 года, доступно по адресу: <http://www.icj-cij.org/presscom/index.php?p1=6&p2=1&pr=97&search=%22owed%22>.

<sup>159</sup> Совместное особое мнение Хиггинс, Коойманса и Бюргентала, para. 74.

<sup>160</sup> Суть этой взаимосвязи между развитием международного уголовного права и иммунитетами должностных лиц государства от национальных юрисдикций обсуждается затем ниже в отношении как к иммунитету *ratione personae* (ниже, часть вторая, раздел А), так и к иммунитету *ratione materiae* (ниже, часть вторая, раздел В).

## 1. Международная уголовная юрисдикция

70. Если в рамках внутренней структуры законодательная функция парламента дополняется полномочиями судов принимать решения, а также правоприменительной деятельностью, то международная правовая система развивалась по другому пути. Согласно классическому международному праву объявление преступлений вне закона как *delicta juris gentium* не сопровождается соответствующим желанием или возможностью предоставления юрисдикции над такими преступлениями международному суду или органу. Фактически квалификация конкретных деяний как международных преступлений непосредственно выводилась из вопроса о международной уголовной юрисдикции, пока последняя не стала объектом серьезного расследования после Первой мировой войны (1914–1919 годы)<sup>161</sup>. В деле правоприменения международная система полагалась на внутреннее право. Существовала общая тенденция наделять компетенцией в отношении международных преступлений национальные юрисдикции или исходить из того, что эта компетенция будет осуществляться такими юрисдикциями. Война и несколько импульсов дали толчок дискуссии с целью продвижения к международной уголовной юрисдикции. Такая система считалась наиболее подходящей по сравнению с мерами, принятыми державами-победительницами на внутреннем уровне.

71. Кроме того, и, возможно, в значительной степени для настоящего исследования, существует определенная неясность в отношении норм, регулирующих ответственность суверенов, глав государств и лиц, занимающих руководящие посты во время войны, за военные преступления<sup>162</sup>. В то же время господствует представление, что главы государства совершенно неподсудны или что они не отвечают за действия подчиненных. Для гражданских должностных лиц, чья уголовная деятельность ограничивается территорией их собственного государства, территориальный принцип является настолько преобладающим, что они считаются ответственными до такого уровня, который в состоянии установить закон территориального государства<sup>163</sup>.

---

<sup>161</sup> См., в целом, представленный Генеральным секретарем Меморандум *Historical Survey of the Question of International Criminal Jurisdiction*, (A/CN.4/7Rev.1), United Nations Publications, Sales No. 1949.V.8. См. также Report on the Question of International Criminal Jurisdiction by Ricardo J. Alfaro, Special Rapporteur (A/CN.4/15 и Corr.1), *Yearbook...* 1950, vol. II.

<sup>162</sup> A/CN.4/7/Rev.1, p. 2.

<sup>163</sup> *Ibid.*

72. Между двумя войнами<sup>164</sup> и впоследствии<sup>165</sup> превалирующее мнение начало

<sup>164</sup> На Парижской конференции 1919 года выдвигались положения о международном судебном процессе над гражданами побежденных стран, обвиненными в "грубых преступлениях против элементарных принципов международного права", над, помимо прочего, всеми властями, гражданскими либо военными, принадлежащими вражеским странам, сколь бы высокое положение они ни занимали, без различия ранга, включая глав государств, которые приказывали или, зная об этом или имея полномочия на вмешательство, воздержались от предотвращения или принятия мер по предотвращению, положивших конец или пресекших нарушения законов или обычаев войны (при том понимании, что такое воздержание не должно представлять собой защиту действительного преступника); *Report on the Responsibility of the authors of the War and on Enforcement of Penalties to the Preliminary Peace Conference, AJIL*, vol. 14 (1920), pp. 95-154. Однако расхождения между странами-победительницами достигли высшей степени только в статье 227 Версальского договора, по условиям которого союзные и присоединившиеся державы официально выдвинули в специальном трибунале обвинение Вильгельму II Гогенцоллерну, бывшему императору Германии, "в высшем преступлении против международной морали и нерушимости договоров"; см. *Memorandum of reservations by representatives of the United States to the Report on the Responsibility of the authors of the War*, *ibid.* Судебный процесс так и не состоялся. Вильгельм Гогенцоллерн нашел убежище в Нидерландах, и это правительство отказалось передать бывшего императора союзным и присоединившимся державам, сославшись на принцип *nullum crimen sine lege*. Что касается других инициатив, см. проект Статута Международного уголовного суда с поправками Постоянного комитета Международного уголовного суда Ассоциации международного права, *34<sup>th</sup> Report, Vienna* (1927), pp. 125-133; Резолюцию Межпарламентского союза о преступности агрессивной войны и международных репрессивных мер (1925), *Union interparlementaire, compte rendu de la XXIII eme Conférence* (Washington, 1925), pp. 46-50 и p. 801. *Voeu* Международного конгресса уголовного права относительно Международного уголовного суда (Брюссель, 1926 год), *Premier congrès international de droit pénal, Actes du congrès*, p. 634; проект Устава для создания уголовной палаты Международного Суда, принятый Международной Ассоциацией уголовного права, Париж, 16 января 1928 года, и пересмотренный в 1946 году, в Меморандуме Секретариата, добавление 7; Конвенция о создании Международного уголовного суда, открытая для подписания в Женеве 16 ноября 1947 года, приложенная к Конвенции о предотвращении терроризма и наказании за него, в Меморандуме Секретариата, добавление 8; Заключения, принятые Лондонской международной ассамблеей 21 июня 1943 года, которые предусматривали в пункте 3, что Международный уголовный суд будет учрежден и что он будет иметь юрисдикцию над следующими категориями военных преступлений... d) преступлениями, совершенными главами государства, в Меморандуме Секретариата, добавление 9; проект Конвенции о создании Международного уголовного суда, Лондонская международная ассамблея 1943 года, в Меморандуме Секретариата, добавление 9.В; проект Конвенции о создании Суда Организации Объединенных Наций по военным преступлениям с разъяснительным меморандумом, в котором в статье 1 была учреждена Комиссия Организации Объединенных Наций по военным преступлениям для суда и наказания лиц, обвиняемых в совершении преступления против законов и обычаев войны с юрисдикцией судить и наказывать любое лицо, независимо от ранга или должности, в Меморандуме Секретариата, добавление 10.

<sup>165</sup> Проект предложения о создании Международного уголовного суда, Меморандум, представленный Комитету по прогрессивному развитию международного права и его кодификация представителем Франции, в Меморандуме Секретариата, добавление 11; проект конвенции о преступлении геноцида, подготовленный Генеральным секретарем (E/447), с двумя добавлениями о создании постоянного Международного уголовного

уступать место договоренностям, которые имеют отношение к характеру и структуре современной международной уголовной правовой системы. Если уступка своей внутренней уголовной юрисдикции и обязанность передавать своих граждан иностранной юрисдикции воспринимается государством как противоположность классическому принципу суверенности, международный суд, учрежденный должным образом, был, вероятно, надлежащей реакцией международного сообщества, с тем чтобы противостоять любому неправильному пониманию, что существуют определенные преступления, совершенные правительствами или отдельными лицами в качестве представителей правительств, которые вряд ли подлежали суду территориальных судов. Создавая такой суд, государства согласованно действовали по собственной суверенной воле в согласии с другими государствами, с целью утверждения верховенства международного права<sup>166</sup>. Апелляционная палата Специального суда для Сьерра-Леоне в своем решении об иммунитете от юрисдикции в отношении Чарльза Тейлора отметила, что принцип государственного иммунитета вытекает из равенства суверенных государств – тем самым одно государство не может принимать судебное решение о поведении другого государства – и поэтому не имеет отношения к международным уголовным трибуналам, которые не являются органами государства, а получают свой мандат от международного сообщества<sup>167</sup>.

73. Заключение Римского статута Международного уголовного суда явилось результатом этого вызова ортодоксальности, который возник в начале XX столетия. Интернационализация уголовной юрисдикции позволила международному сообществу

---

суда для наказания актов геноцида. Было предусмотрено, что государство будет обязано передавать акты геноцида в Международный уголовный суд, если такие акты были совершены лицами как органами государства или с помощью либо при терпимом отношении государства. Таким образом, Суд будет судить правителей государства или лиц, которые вступили в сговор с этими правителями; проект конвенции о геноциде, представленный Шестому комитету делегацией Франции, в Меморандуме Секретариата, добавление 15. Нюрнбергский трибунал постановил, что Карл Денц в качестве главы германского государства с 1 по 9 мая 1945 года был "активным в ведении агрессивной войны", отчасти на основании отданного им в этом качестве приказа Вермахту продолжать войну на Востоке; он был признан виновным по пунктам 2 и 3 Обвинительного акта и приговорен к 10 годам, см. Исследование Секретариата *Historical Review of Developments relating to Aggression...op. cit.*, pp. 51-53.

<sup>166</sup> Общую информацию см. Report on the Question of International Criminal Jurisdiction by Ricardo J. Alfaro, Special Rapporteur (A/CN.4/15 и Corr.1), *Yearbook...*1950, vol. II.

<sup>167</sup> Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Decision on Immunity from Jurisdiction, Case No. SCSL-2003-01-1, 31 May 2004.

преодолеть ограничения суверенитета. В то же самое время она позволила государствам продолжать принимать внутренние меры, чтобы выполнить международные обязательства<sup>168</sup>. Все эти события следует рассматривать как дополняющие, а не

---

<sup>168</sup> В резолюции 3074 (XXVIII) от 3 декабря 1973 года о принципах международного сотрудничества в отношении обнаружения, ареста, выдачи и наказания лиц, виновных в военных преступлениях и преступлениях против человечества, Генеральная Ассамблея, принимая во внимание особую необходимость в международных мерах, направленных на обеспечение судебного преследования и наказания лиц, виновных в военных преступлениях и преступлениях против человечества, провозгласила следующие принципы международного сотрудничества в отношении обнаружения, ареста, выдачи и наказания лиц, виновных в военных преступлениях и преступлениях против человечества:

- "1. Военные преступления и преступления против человечества, когда бы и где бы они ни совершались, подлежат расследованию, а лица, в отношении которых имеются доказательства в совершении таких преступлений, – розыску, аресту, привлечению к судебной ответственности и, в случае признания их виновными, наказанию.
2. Каждое государство обладает правом судить своих собственных граждан за военные преступления или преступления против человечества.
3. Государства осуществляют сотрудничество друг с другом на двусторонней и многосторонней основе в целях пресечения и предупреждения военных преступлений и преступлений против человечества и принимают в этих целях необходимые внутренние и международные меры.
4. Государства оказывают друг другу содействие в целях обнаружения, ареста и привлечения к суду лиц, подозреваемых в совершении таких преступлений, и, в случае признания виновными, наказания их.
5. Лица, в отношении которых имеются доказательства о совершении ими военных преступлений и преступлений против человечества, подлежат привлечению к судебной ответственности и, в случае признания их виновными, наказанию, как общее правило, в странах, где они совершили эти преступления. В соответствии с этим государства осуществляют сотрудничество в вопросах выдачи таких лиц.
6. Государства осуществляют сотрудничество друг с другом в деле сбора информации и следственных материалов, способствующих привлечению к судебной ответственности лиц, о которых говорится выше, в пункте 5, и обмениваются такой информацией.
7. В соответствии со статьей 1 Декларации о территориальном убежище от 14 декабря 1967 года государства не предоставляют убежище никакому лицу, в отношении которого существуют серьезные основания полагать, что оно совершило преступление против мира, военное преступление или преступление против человечества.
8. Государства не принимают никаких законодательных или иных мер, которые могли бы нанести ущерб принятым ими на себя международным обязательствам в отношении обнаружения, ареста, выдачи и наказания лиц, виновных в военных преступлениях и преступлениях против человечества.
9. При осуществлении сотрудничества в целях обнаружения, ареста и выдачи лиц, в отношении которых имеются доказательства о совершении ими военных преступлений и преступлений против человечества, и, в случае признания виновными, наказания их, государства действуют согласно положениям Устава Организации Объединенных Наций и Декларации о принципах международного

подменяющие национальную уголовную юрисдикцию; фактически, Римский статут является дополняющим национальные юрисдикции<sup>169</sup>.

## 2. Рассмотрение Комиссией Нюрнбергских принципов

74. В дополнение к установлению международной уголовной юрисдикции предпринимались также усилия, с тем чтобы рассматривать сам вопрос, которым отчасти было вызвано движение к обеспечению индивидуальной уголовной ответственности, иначе говоря, избегут ли суверен, глава государства или лица, занимающие руководящие посты во время войны, индивидуальной уголовной ответственности в силу своего официального положения. Таким образом, решается по существу любой давно назревший вопрос, касающийся иммунитета, как только такое лицо предстанет перед международной юрисдикцией.

75. В ходе разработки Комиссией Нюрнбергских принципов велась дискуссия о сфере охвата ее мандата с целью "сформулировать принципы международного права, признанные в Уставе Нюрнбергского трибунала и в решении Трибунала" и отраженные в резолюции 177 (II) Генеральной Ассамблеи. Вопрос заключался в том, должна или не должна Комиссия выяснять, в какой мере принципы, содержащиеся в Уставе и решении, являются принципами международного права. Комиссия заключила, что Нюрнбергские принципы были подтверждены Генеральной Ассамблеей в резолюции 95 (I) от 11 декабря 1946 года. Соответственно, ее задача заключалась не в том, чтобы выражать какую-либо оценку этих принципов как принципов международного права, а в том, чтобы сформулировать их, сосредоточиваясь в большей степени на материальных элементах – особенно воплощенных в статьях 6, 7 и 8, – чем на процессуальных<sup>170</sup>.

---

права, касающимся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций".

<sup>169</sup> Преамбула и статья 1 Римского статута Международного уголовного суда.

<sup>170</sup> *Yearbook...* 1949, vol. I, A/CN.4/SR. 17, para. 35. Однако Скелле (Scelle, *ibid.*, A/CN.4SR. 28) предпочел формулировку общих принципов международного права, лежащих в основе Устава и решения. По его мнению, Нюрнбергский трибунал и решение подтвердили, во-первых, что лицо является субъектом международного права, в том числе международного уголовного права, и наказуемо за любое нарушение; и что, во-вторых, он отверг старую теорию, которая освобождала правителей или должностных лиц от личной ответственности за



Принцип III, как он был одобрен, основывался на статье 7 Устава Нюрнбергского трибунала<sup>171</sup>. В соответствии с Уставом и решением тот факт, что лицо действовало в

---

любое деяние, совершенное от имени государства. Должность главы государства, правителя или гражданского служащего не наделяет никаким иммунитетом в уголовных делах и не смягчает ответственности. Сकेлле предложил следующий проект, который Комиссия отвергла в основном из-за того, что предлагался более узкий мандат Генеральной Ассамблеи: "Принципы международного права, признанные в Уставе Нюрнбергского трибунала и в решении трибунала, заключаются в следующем", *ibid.*, A/CN.4/SR.28:

1. Лицо является субъектом международного права, включая международное уголовное право.
2. Должность главы государства, правителя или гражданского служащего не дает никакого иммунитета в уголовных делах и не смягчает ответственность.
3. Эта субъективная уголовная ответственность глав государств, правителей и агентов отличается от объективной ответственности государства, которая может стать дополнительным вопросом.
4. Международное право, включая международное уголовное право, имеет приоритет перед муниципальным правом. Из этого следует, что правители и представители государства непосредственно ответственны за свои международные преступления и правонарушения, независимо от того, являются ли они правонарушениями согласно внутреннему уголовному праву их стран. Соответственно, любое лицо, которое совершает преступление против международного права, либо действием, либо бездействием, несет за это ответственность и подлежит наказанию.
5. Приказы вышестоящих лиц являются не полноценной защитой, а только смягчающим обстоятельством, когда этого требует правосудие.
6. Суд, обладающий международной юрисдикцией, представляется особенно подходящим, чтобы судить международные преступления и правонарушения, особенно такие, которые совершены главами государства, правителями или высокопоставленными гражданскими служащими.
7. При нынешнем состоянии международного права такой суд не обязательно связан принципом, согласно которому преступления и наказания не являются ретроактивными; это предполагает подготовку и составление международного уголовного кодекса.
8. Согласно Нюрнбергскому уставу и решению следующие преступления уже являются международными:  
преступления против мира;  
военные преступления;  
преступления против человечности.
9. Преступлениями против мира являются..."

<sup>171</sup> См. также статью II 4 а) Контрольного совета № 10, обнародованную с целью ввести в действие положения Московской декларации от 30 октября 1943 года, Лондонского соглашения от 8 августа 1945 года и Устава, принятого в соответствии с ними, с тем чтобы создать единую правовую основу в Германии для преследования военных преступников и других подобных правонарушителей, помимо тех, дела которых рассматривал Международный военный трибунал:

"Должностное положение лица как главы государства или ответственного должностного лица правительственного департамента не снимает с него ответственности за преступление и не дает права на смягчение наказания".

качестве главы государства или ответственного правительственного должностного лица, не освобождает его от международной ответственности. "Если кто-то нарушил законы войны, иммунитет не может быть получен, пока совершаются действия по исполнению указаний государства, если это государство уполномочивает совершать действия, выходящие за рамки его компетенции по международному праву"<sup>172</sup>.

76. Комиссия в формулировке Принципа III не оставила последнее выражение статьи 7 Устава, касающееся "смягчения наказания". Комиссия придерживалась мнения, что этот вопрос подлежит решению компетентным судом<sup>173</sup>.

### **3. Рассмотрение Комиссией проекта Кодекса преступлений против мира и безопасности человечества**

---

Статья 6 Устава Международного военного трибунала для суда над главными военными преступниками на Дальнем Востоке была изменена, хотя принцип остался тем же самым:

"Ни официальная должность, занимаемая в любое время обвиняемым, ни тот факт, что обвиняемый действовал в соответствии с приказом своего правительства или начальника, сами по себе недостаточны, чтобы освободить обвиняемого от ответственности за любое преступление, в котором его обвиняют, но эти обстоятельства могут рассматриваться как смягчающие наказания, если Трибунал решит, что этого требует правосудие".

Эта формулировка повторялась в других документах, см., например, пункт 2 статьи 7 Статута Международного Трибунала для преследования лиц, ответственных за серьезные нарушения международного гуманитарного права, совершенные на территории бывшей Югославии после 1991 года (МТБЮ) (документ S/25274, принят 25 мая 1993 года в соответствии с резолюцией 827(1993) Совета Безопасности с поправками, внесенными последующими резолюциями):

"Должностное положение любого обвиняемого как главы государства или правительства или ответственного должностного лица правительства не освобождает это лицо от уголовной ответственности и не смягчает наказание".

Подобное положение содержится в пункте 2 статьи 6 Международного уголовного трибунала для судебного преследования лиц, ответственных за геноцид и другие серьезные нарушения международного гуманитарного права, совершенные на территории Руанды, и граждан Руанды, ответственных за геноцид и другие подобные нарушения, совершенные на территории соседних государств, в период с 1 января по 31 декабря 1994 года (МУТР).

<sup>172</sup> *Yearbook ...* 1950, vol. II, para. 103.

<sup>173</sup> *Ibid.*, para. 104.

77. После первоначального рассмотрения в период между 1949 и 1954 годами<sup>174</sup> Комиссия в соответствии с просьбой Генеральной Ассамблеи в 1982 году возобновила работу над проектом Кодекса преступлений против мира и безопасности человечества<sup>175</sup>. Комиссия на своей сорок третьей сессии (1991 год) приняла в первом чтении проект Кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, включая проект статьи 13<sup>176</sup>, который гласит следующее:

"Статья 13 (Официальная должность и ответственность)

Официальный статус лица, совершившего преступление против мира и безопасности человечества, и в частности тот факт, что оно является главой государства или правительства, не освобождает его от уголовной ответственности".

Проект статьи был составлен по образцу Принципа III Нюрнбергских принципов. Однако текст был составлен в настоящем времени, поскольку он относился ко многим ситуациям, которые, возможно, возникнут в будущем. Утверждая а) что не будет "никакого иммунитета от применения кодекса в силу должности обвиняемого"; и б) что "заявление обвиняемого, что он действовал, выполняя свои официальные функции, не освободит его от уголовной ответственности", Кодекс проделывал брешь в прикрытии государства и преследовал тех, кто был материально ответственен за преступления, совершенные от имени государства как абстрактного образования<sup>177</sup>. Первоначальное выражение "тот факт, что он является главой государства или правительства" было изменено на "тот факт, что он действует в качестве главы государства или правительства", чтобы подчеркнуть, что этот Кодекс сосредоточен на времени совершения преступления<sup>178</sup>.

---

<sup>174</sup> Текст, принятый в 1954 году, был следующим:

*"Статья 3*

Тот факт, что лицо действовало в качестве главы государства или как ответственное правительственное должностное лицо, не освобождает его от ответственности за совершение любого из преступлений, определенных в настоящем Кодексе".

<sup>175</sup> A/RES/36/106 от 10 декабря 1981 года.

<sup>176</sup> Twelfth report, by Doudou Thiam, Special Rapporteur A/CN.4/460 and Corr.1, *Yearbook...* 1994, vol. II(1).

<sup>177</sup> Statement of the Chairman of the Drafting Committee, Christian Tomuschat, A/CN.4/ST.2084, *Yearbook...* 1988, vol. 1, para. 72.

<sup>178</sup> *Ibid.*, para 71.

78. Проект статьи в первом чтении не вызвал никаких возражений со стороны правительств. Однако Коста-Рика<sup>179</sup> подчеркнула, что необходимо учесть различные случаи, когда такие должностные лица могут преследоваться, а не оставлять проект статьи как принципиальное правило, которое, как таковое, может быть неприменимым. В совершенно аналогичных выражениях Соединенное Королевство указало на необходимость решить вопрос возможного иммунитета таких должностных лиц от судебного разбирательства<sup>180</sup>. С другой стороны, страны Северной Европы заметили, что должно презюмироваться, что даже главы государства не могут быть освобождены от международной ответственности за их деяния, если эти деяния представляют собой преступление против мира и безопасности человечества; эта статья должна применяться, даже если конституция конкретного государства предусматривает иное<sup>181</sup>. По мнению Польши, проект статьи является "серьезным, но логичным и разумным ограничением полного иммунитета глав государств. Такой иммунитет не может быть мерой, которая позволила бы им быть выше и вне пределов уголовной ответственности за преступления против мира и безопасности человечества"<sup>182</sup>.

79. Специальный докладчик приветствовал сохранение проекта статьи, как она была сформулирована в первом чтении; было трудно предусмотреть в деталях различные случаи, когда должны преследоваться главы государства или правительства. Важный ее аспект состоит в том, чтобы подчеркнуть принцип, согласно которому когда бы глава государства или правительства ни совершил преступление против мира и безопасности человечества, он должен быть предан суду. Таким образом, статья была разработана, чтобы привлечь внимание к тому факту, что официальная должность лица, совершившего преступление согласно Кодексу, не может освободить его от уголовной ответственности.

---

<sup>179</sup> Document A/CN.448, *Yearbook...* 1993, vol. II (1), para. 39.

<sup>180</sup> *Ibid.*, para. 17: "Для эффективной имплементации Кодекса безусловно важно, чтобы должностные лица, в том числе главы государства или правительства, не освобождались от уголовной ответственности в силу их должностного положения. Однако Комиссия не рассматривает здесь и в статье 9 возможный иммунитет таких должностных лиц от судебного разбирательства. Комиссия должна рассмотреть иммунитет от юрисдикции, на который должностные лица могут иметь право по международному праву, и рассмотреть взаимосвязь этого проекта с существующими правилами по этому вопросу".

<sup>181</sup> *Ibid.*, para. 23.

<sup>182</sup> *Ibid.*, para. 37.

Даже в случаях, когда лицо занимало самую высокую официальную должность, такую как глава государства или правительства, оно останется уголовно ответственным<sup>183</sup>.

80. Редакционный комитет согласился с этой точкой зрения, отмечая, что вопрос о возможном иммунитете должностных лиц, включая глав государства или правительства, от разбирательства в суде является вопросом имплементации и его нельзя рассматривать в разделе Кодекса, касающемся общих принципов. Процессуальные проблемы не должны затрагивать принципа, заключающегося в том, что, когда бы глава государства или правительства ни совершил преступление против мира и безопасности человечества, его должны преследовать в судебном порядке<sup>184</sup>.

81. Впоследствии Редакционный комитет внес два изменения. Слова "и в частности тот факт, что он действует" были заменены словами "даже если он действовал", чтобы подчеркнуть, что даже если, при других обстоятельствах, лицо получит право на иммунитет в силу его высокого положения в правительстве, это не освободит его от уголовной ответственности согласно Кодексу. Во-вторых, имелось существенное дополнение слов "или смягчить наказание" в конце статьи, чтобы сделать статью более четкой и избежать недопонимания<sup>185</sup>. На место проекта статьи 13 был помещен проект статьи 7, гласящей следующее:

*"Статья 7. Официальный статус и ответственность"*

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".

82. Комиссия утверждала, что отсутствие какого-либо процессуального иммунитета в отношении судебного преследования или наказания в соответствующем судебном

---

<sup>183</sup> *Yearbook...* 1994, vol. II(1), paras. 133-134.

<sup>184</sup> A/CN.4/SR.2408, Summary record of the 2408<sup>th</sup> meeting, *Yearbook...* 1995, vol. I.

<sup>185</sup> A/CN.4/SR.2439, Summary record of the 2439<sup>th</sup> meeting, *Yearbook...* 1996, vol. I, para. 16.

разбирательстве являлось существенным результатом отсутствия какого-либо материально-правового иммунитета или защиты<sup>186</sup>. Было бы парадоксально препятствовать лицу ссылаться на его должностное положение, чтобы избежать ответственности за преступление, только для того, чтобы разрешить ему ссылаться на то же самое соображение, чтобы избежать последствий этой ответственности<sup>187</sup>.

83. Однако нерассмотрение во втором чтении проблем, поднятых некоторыми правительствами, могло бы создать впечатление, что это положение не достигло цели рассмотрения вопросов, касающихся исключения процессуального иммунитета из внутренней судебной процедуры<sup>188</sup>.

#### 4. Римский статут Международного уголовного суда

84. Пункт 2 статьи 27 Римского статута Международного уголовного суда идет в той или иной мере навстречу отделению процессуального иммунитета от внутренней судебной процедуры в следующих выражениях:

"Иммуниеты или специальные процессуальные нормы, которые могут быть связаны с должностным положением лица и предусмотренные в национальном или международном праве, не должны препятствовать осуществлению Судом его юрисдикции в отношении такого лица"<sup>189</sup>.

---

<sup>186</sup> Комиссия отметила, что судебное разбирательство в международном уголовном суде было бы самым важным примером необходимого судебного разбирательства, когда лицо не может ссылаться на какой-либо материально-правовой или процессуальный иммунитет, основанный на его официальном положении, чтобы избежать судебного преследования и наказания. *Yearbook...* 1996, vol. II (Two), fn. 69.

<sup>187</sup> *Ibid.*, para. (6) of the commentary to draft article 7.

<sup>188</sup> В своей резолюции 51/160 от 16 декабря 1996 года Генеральная Ассамблея высоко оценила завершение окончательного проекта статей проекта Кодекса преступлений против мира и безопасности человечества и привлекла внимание государств, участвующих в Подготовительном комитете по учреждению Международного уголовного суда, к значимости проекта Кодекса для их работы.

<sup>189</sup> Пункт 1 статьи 27 предусматривает:

"Настоящий Статут применяется в равной мере ко всем лицам без какого бы то ни было различия на основе должностного положения. В частности, должностное положение как главы государства или правительства, члена правительства или парламента, избранного представителя или должностного

85. Возможность того, чтобы в Статуте содержались общие принципы уголовного права, была признана еще в 1995 году во время работы Специального комитета по учреждению Международного уголовного суда<sup>190</sup>, когда он разработал критерии вопросов, подлежащих обсуждению, включая недопустимость ссылки на должностное положение. В частности, было высказано мнение, что дальнейшее рассмотрение вопроса о дипломатическом или ином иммунитете от ареста и других процессуальных мер, предпринятых Судом или от его имени<sup>191</sup>, будет полезным, а впоследствии в контексте Подготовительного комитета по учреждению Международного уголовного суда был разработан ряд предложений по рассмотрению данного вопроса, и окончательная версия явилась комбинацией этих предложений<sup>192</sup>. Почти в это же время угасла дискуссия по

---

лица правительства ни в каком случае не освобождает лицо от уголовной ответственности согласно настоящему Статуту и не является само по себе основанием для смягчения приговора".

См. также раздел 15 UNTAET/REG/200/15 по учреждению палат, обладающих исключительной юрисдикцией в отношении тяжких уголовных преступлений (июнь 2000 года):

"15.1 Настоящее положение применяется в равной мере ко всем лицам, без какого бы то ни было различия на основе должностного положения. В частности, должностное положение как главы государства или правительства, члена правительства или парламента, избранного представителя или должностного лица правительства ни в каком случае не освобождает лицо от уголовной ответственности согласно настоящему положению и не является само по себе основанием для смягчения приговора.

15.2 Иммунитеты или специальные процессуальные нормы, которые могут быть связаны с должностным положением лица и предусмотренные в национальном или международном праве, не должны препятствовать осуществлению палатами своей юрисдикции в отношении такого лица".

<sup>190</sup> *Official Records of the General Assembly, Fiftieth Session, Supplement No. 22 (A/50/22)*, annex II, B.1. См. также Сиракузский проект статута для Международного уголовного суда, подготовленный Комитетом экспертов, сформированным Международной ассоциацией уголовного права, Международным высшим институтом криминалистических исследований и Институтом иностранного и международного уголовного права Макса Планка, Сиракузы/Фрайбург/Чикаго, 31 июля 1995 года.

<sup>191</sup> *Ibid.*, *Fifty-first Session Supplement No. 22 (A/51/22)*, vol. I, para. 193.

<sup>192</sup> *Summary of the Proceedings of the Preparatory Committee, A/AC.249/1*, 7 May 1996, p. 77. Австрия внесла предложение, которое гласило следующее:

"Иммунитет

В ходе расследований или процедур, выполняемых судом или по просьбе суда, ни одно лицо не может обращаться с заявлением об иммунитете от юрисдикции на основе международного или национального права".

вопросу, решение по которому было принято только на Римской конференции в виде статьи 98<sup>193</sup>. Этот вопрос заключался в необходимости рассмотреть соотношения между

---

Затем, после обсуждений в Подготовительном комитете, были внесены предложения, которые гласили следующее:

Предложение 1.

"[1. Настоящий Статут применяется ко всем лицам без какой бы то ни было дискриминации.] Должностное положение лица, которое совершает преступление по данному Статуту, в частности, если это лицо действует как глава государства или правительства или ответственное должностное лицо правительства, не освобождает это лицо от уголовной ответственности и не смягчает наказание.

2. Иммунитет

В ходе расследований или процедур, выполняемых судом или по просьбе суда, никто не может делать заявление об иммунитете от юрисдикции, независимо от того, делается ли оно на основе международного или внутреннего права".

Предложение 2

"1. Должностное положение обвиняемого как главы государства или правительства, или члена правительства или парламента, или избранного представителя, или представителя государства ни в каком случае не освобождает его от его уголовной ответственности и не является основанием для смягчения приговора.

2. Специальные процессуальные нормы, иммунитеты и охрана, связанные с должностным положением обвиняемого и установленные внутренним правом или международными конвенциями или договорами, не могут использоваться как защита в Суде".

A/AC.249/CRP.13, 26 August 1996. См. также A/AC.249/CRP.9, 4 April 1996.

Пер Саланд, который координировал часть, касающуюся общих принципов Римского статута, отмечает, что этот принцип "не оспаривался в ходе всего обсуждения и было сравнительно легко договориться по этой формулировке". У Мексики были некоторые возражения, касающиеся формулировки в пункте 2 статьи 27, но эти возражения были отозваны. У Испании также были некоторые проблемы. См. Per Saland, "International Criminal Law Principles", in Roy S. Lee (ed), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*, (The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 1999), p. 202.

<sup>193</sup> Статья 98 Статута Международного уголовного суда

"Сотрудничество в отношении отказа от иммунитета и согласия на передачу



обязательствами государств – участников Статута сотрудничать с Судом и их другими действующими обязательствами, такими как те, которые вытекают из двусторонних договоров о выдаче и Венской конвенции о дипломатических сношениях<sup>194</sup>. В частности, было признано, что существует необходимость в дальнейшем обсуждении пункта 2 в связи с процедурой, а также международным сотрудничеством в судебной сфере<sup>195</sup>. Статья 98 Римского статута не предоставляет иммунитета от преследования лицам, которых Суд может разыскивать с целью предания суду<sup>196</sup>. Она налагает обязательство на Суд не ставить государство в ситуацию, когда оно вынуждено нарушить международное

---

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

2. Суд не может обращаться с просьбой о передаче, которая требовала бы от запрашиваемого государства действий, не совместимых с его обязательствами по международным соглашениям, в соответствии с которыми для передачи какого-либо лица Суду требуется получение согласия направляющего государства, если только Суд сначала не заручится сотрудничеством направляющего государства в деле получения согласия на передачу".

<sup>194</sup> Предложение, представленное Сингапуром, A/AC.249/WP.40, 23 August 1996. См. также Kimberly Prost and Angelika Schlunck, "Article 98", in Otto Triffterer (ed), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, (Baden-Baden: Germany, 1999), pp. 1131-1133.

<sup>195</sup> См. A/AC.249/1997/L.5, 12 March 1997, Article B e., fn. 14.

"1. Настоящий Статут применяется ко всем лицам без какой бы то ни было дискриминации: должностное положение лица как главы государства или правительства, или члена правительства или парламента, или избранного представителя, или должностного лица правительства ни в каком случае не освобождает его от уголовной ответственности согласно настоящему Статуту и не является [само по себе] основанием для смягчения приговора.

2. Иммунитеты или специальные процессуальные нормы, связанные с должностным положением лица и предусмотренные в национальном или международном праве, не могут приводиться в качестве основания, препятствующего осуществлению Судом его юрисдикции в отношении этого лица".

См. также статью 18 [B.e], *Report of the Inter-sessional meeting from 19 to 30 January 1998*, in Zutphen, *The Netherlands*, A/AC.249/1998/L.13, 4 February 1998. В то время оставалось только обсудить пункт 2 в связи с правовым сотрудничеством. Комментарий к статье 27 Римского статута см. Otto Triffterer, "Article 27, Irrelevance of official position", in Otto Triffterer (ed), *Commentary on the Rome Statute ...*, pp. 501-514. См. также Paola Gaeta, "Official Capacity and Immunities" in Antonio Cassese, Paola Gaeta et al. (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. 1 (Oxford: Oxford University Press, 2002), pp. 975-1001.

<sup>196</sup> Prost and Schlunck, *op. cit.*, p. 1132.

обязательство, имеющее отношение к иммунитету<sup>197</sup>. В то время как пункт 1 статьи 27 Римского статута, как представляется, восстанавливает обычное право в этом вопросе<sup>198</sup>, пункт 2 главным образом устанавливает норму обычного права.

86. Национальное законодательство, имплементирующее Римский статут в вопросах, касающихся иммунитета, приняло разнообразные формы, и на этом основании нельзя делать выводов о какой-либо конкретной тенденции<sup>199</sup>. В государствах первой категории законов придается особое значение консультациям между имплементирующим органом и Международным уголовным судом<sup>200</sup>. В государствах второй категории исключается

---

<sup>197</sup> *Ibid.*, p. 1131.

<sup>198</sup> Gaeta, *op. cit.*, (2002), p. 990.

<sup>199</sup> См. базу данных, созданную ICC-CPI [REF: ie. ICC] по национальному законодательству на <http://www.icc-cpi.int/legaltools/>

<sup>200</sup> См., например, раздел 12 Закона Австралии № 41 о Международном уголовном суде 2002 года:

"... 2) Если после проведения консультаций Генеральный прокурор убежден в том, что выполнение просьбы не будет противоречить каким-либо из этих обязательств, Генеральный прокурор обязан подписать удостоверение, подтверждающее, что выполнение этой просьбы не противоречит какому-либо из этих обязательств.

3) Удостоверение, подписанное согласно подразделу 2), является убедительным доказательством фактов, о которых говорится в удостоверении.

4) Если после проведения консультаций Генеральный прокурор не убежден, как об этом говорится в подразделе 2), он должен отложить выполнение просьбы до тех пор, пока и если иностранное государство не заявит о необходимом отказе от иммунитета или не даст необходимое согласие".

Согласно статье 5 Закона Грузии о сотрудничестве между Международным уголовным судом и Грузией ответственное агентство уполномочено провести консультации с Международным судом по вопросам, касающимся просьбы, как это предписано Статутом, и проведение консультаций является обязательным, если выполнение просьбы...

"d) нарушает внутренний или дипломатический иммунитет".

И согласно статье 13:

"Если просьба Суда касается осуществления уголовного судебного преследования лиц, которые согласно грузинскому законодательству обладают иммунитетом, ответственное агентство уведомляет соответствующее государственное учреждение о наличии оснований для начала уголовного судопроизводства в отношении данных лиц и способствует осуществлению действий, связанных с иммунитетом в соответствии с Конституцией и другими законодательными актами Грузии".

---

Швейцарский федеральный закон о сотрудничестве с Международным уголовным судом от 22 июня 2001 года предусматривает в статье 4, что Центральный орган проводит консультации, как это указано в статье 97 Статута, в частности, когда выполнение просьбы: ...d) могло бы нарушить государственный или дипломатический иммунитет (ст. 98 в увязке со ст. 27 Статута). Кроме того, статья 6 устанавливает, что по ходатайству Федерального департамента юстиции и полиции (Департамент) Федеральный совет принимает решение по вопросам иммунитета, касающимся статьи 98 в увязке со статьей 27 Статута, которые возникают в ходе выполнения просьб, и в тех случаях, когда применяется эта статья, Департамент может выдать ордер на арест или другие превентивные меры.

Согласно Закону Лихтенштейна от 20 октября 2004 года о сотрудничестве с Международным уголовным судом и другими Международными трибуналами возникающие вопросы решаются путем проведения консультаций с Международным уголовным судом, в частности, когда выполнение просьбы Международного уголовного суда:

"с) нарушает государственный иммунитет или дипломатический иммунитет лица или собственности другого государства (пункт 1 статьи 98 Римского статута);

2) В ходе проведения консультаций уделяется внимание выполнению просьбы другим способом или согласно конкретным условиям.

3) Если вопрос не может быть решен путем проведения консультаций, в Международный уголовный суд направляется просьба об изменении его просьбы. Если такое изменение не может быть рассмотрено Международным уголовным судом, в просьбе отказывается.

4) Решение о любом таком отказе принимается правительством. Международный уголовный суд информируется о любом отказе в просьбе и об основаниях".

Раздел 23 Закона 2001 года Соединенного Королевства о Международном уголовном суде предусматривает:

"1) Любой государственный или дипломатический иммунитет, приданный лицу благодаря связи с государством – участником Статута Международного уголовного суда, не мешает судебному разбирательству согласно данной части в отношении этого лица.

2) Если

a) государственный или дипломатический иммунитет придан лицу благодаря связи с государством, иным, чем государство – участник Статута Международного уголовного суда, и

b) отказ от этого иммунитета поступает в Международный уголовный суд в связи с просьбой о выдаче этого лица,

отказ от иммунитета рассматривается как распространяющийся на судебное разбирательство согласно данной части в связи с этой просьбой.

применение иммунитетов от преследования преступлений, упоминаемых в статье 5 Римского статута<sup>201</sup>. В государствах третьей категории запрещается судебное

---

3) Удостоверение Государственного секретаря относительно того, что

- a) данное государство является или не является участником Статута Международного уголовного суда, или
- b) был представлен отказ от иммунитета, как об этом говорится в подразделе 2), является убедительным доказательством этого факта для целей данной части.

4) Государственный секретарь может в любом конкретном деле, после проведения консультаций с Международным уголовным судом и заинтересованным государством, проводить это судебное разбирательство (или дальнейшее разбирательство) согласно данной части, которое, кроме подразделов 1) и 2), будет приостановлено государственным или дипломатическим иммунитетом, приданным лицу, и не применяется против данного лица.

...

6) В данном разделе "государственный или дипломатический иммунитет" означает любую привилегию или иммунитет, приданный лицу благодаря статусу этого лица или другому статусу как главы государства, или как представителя, должностного лица или агента государства, согласно

- a) Закону 1964 года о дипломатических привилегиях (с. 81), Закону 1968 года о консульских сношениях (с. 18), Закону 1968 года о Международных организациях (с. 48) или Закону 1978 года о государственном иммунитете (с. 33),

- b) любому другому законодательному положению, принятому в целях имплементации международного обязательства, или

- c) любой норме, вытекающей из обычного международного права".

<sup>201</sup> Раздел 4 в прочтении с разделом 15 Закона № 37 от 2001 года Южной Африки о дипломатических иммунитетах и привилегиях предусматривает, что глава государства обладает иммунитетом от уголовной и гражданской юрисдикции судов Республики и пользуется такими привилегиями, какими пользуются главы государств в соответствии с нормами международного обычного права, и считает правонарушением со стороны любого лица, которое по своей воле или без применения разумной степени осмотрительности открывает, организует или проводит судебный процесс против лица, обладающего иммунитетом согласно этому Закону. Однако в разделе 4 Закона № 27 от 2002 года об имплементации Закона о Римском статуте Международного уголовного суда 2002 года Южной Африки, который, помимо прочего, содержит положение о преступлении геноцида, преступлениях против человечества и военных преступлениях, преследовании в южноафриканских судах лиц, обвиняемых в совершении вышеупомянутых преступлений в Южной Африке и за пределами Южной Африки в определенных обстоятельствах; и предусматривает арест лиц, обвиненных в совершении вышеупомянутых преступлений и их выдачу вышеупомянутому Суду в определенных обстоятельствах, говорится:

преследование лиц, пользующихся иммунитетами, до тех пор, пока они занимают свою должность<sup>202</sup>, или запрещается такое судебное преследование без какого-либо временного ограничения, если только не имеется явно выраженного отказа от иммунитета<sup>203</sup>.

1) Несмотря на что-либо противное в любом другом законе Республики, любое лицо, которое совершает преступление, является виновным в правонарушении и приговаривается к штрафу или лишению свободы, включая пожизненное лишение свободы, или такому лишению свободы без права замены на штраф, или и к штрафу и такому лишению свободы.

2) Несмотря на любой другой закон о противном, включая обычное и договорное международное право, тот факт, что лицо

а) является или являлось главой государства или правительства, членом правительства или парламента, избранным представителем или должностным лицом правительства; или

б) будучи сотрудником службы безопасности или вооруженных сил, несло юридическое обязательство подчиняться явно незаконному приказу правительства или вышестоящего начальства, не является i) ни основанием для оправдания преступления; ни ii) основанием для какого-либо возможного смягчения наказания, если лицо было осуждено за преступление.

Ст. 6 (3) Закона Хорватии о применении Статута Международного уголовного суда и преследовании уголовных деяний против международного военного и гуманитарного права от 4 ноября 2003 года предусматривает:

"Положения об иммунитетах и привилегиях, предусмотренные Законом, не применяются в судопроизводстве согласно статье 1 этого закона".

<sup>202</sup> Статья 16 Закона № 270 Нидерландов от 19 июня 2003 года о международных преступлениях, содержащая правила, касающиеся серьезных нарушений международного гуманитарного права (Закон о международных преступлениях), предусматривает:

"Уголовное преследование за одно из преступлений, упомянутых в настоящем Законе, исключается в отношении:

а) иностранных глав государства, глав правительства и министров иностранных дел, до тех пор, пока они занимают эту должность, и других лиц, поскольку их иммунитет признан согласно международному обычному праву;

б) лиц, которые обладают иммунитетом согласно какой-либо Конвенции, применимой в пределах Королевства Нидерландов".

<sup>203</sup> Закон Польши, касающийся Процедуры в уголовных делах в международных отношениях (Part XIII), в статье 578 предусматривает:

Юрисдикция польских уголовных судов не распространяется на:

1) глав дипломатических миссий иностранных государств, аккредитованных в Республике Польша,

2) лиц, составляющих дипломатический персонал таких миссий,

3) лиц, составляющих административно-технический персонал таких миссий,

4) членов семей лиц, перечисленных в подразделах 1)–3), если они являются членами их домохозяйств, и

87. Другие соглашения, по которым создавались уголовные трибуналы, затрагивали вопросы иммунитета. Возможно, разнородный характер таких соглашений влияет на способ, каким в этих трибуналах могут ссылаться на иммунитеты, хотя в деле Тейлора Апелляционная камера решила этот вопрос, посчитав Трибунал международным по характеру и сделав, таким образом, заявление об иммунитете неприемлемым. Верховный суд Сьерра-Леоне также постановил, что, хотя и существует право на судебный иммунитет во внутренних судах государства, которому принадлежит должностное лицо, или в судах третьего государства (кроме случаев отказа от иммунитета), не будет существовать а priori право претендовать на иммунитет в международном суде, в частности от уголовного судебного процесса, касающегося международных преступлений<sup>204</sup>.

---

5) других лиц, которым предоставлен дипломатический иммунитет в соответствии со статутами, соглашениями или всеми признаваемым международным обычаем.

См. также законодательство Нидерландов, *ibid*.

<sup>204</sup> В деле *Issa Hassan Sesay (aka Issa Sesay) and Allieu Kondewa and Moinina Fofana and the President of the Special Court, the Registrar of the Special Court and the Prosecutor of the Special Court and the Attorney General and Minister of Justice*, S. C NO. 1/2003, Верховный суд Леоне подчеркнул важность различия, которое следует проводить между иммунитетом от иска согласно внутреннему праву, с одной стороны, и согласно международному праву, с другой стороны.

Доступно по адресу: [http://news.sl/drwebsite/uploads/specialcourtjudgement\\_sc1\\_2003.htm](http://news.sl/drwebsite/uploads/specialcourtjudgement_sc1_2003.htm).

Текст положений, см., например, ст. 6 Статута Специального суда Сьерра-Леоне, учрежденного Соглашением между Организацией Объединенных Наций и правительством Сьерра-Леоне в соответствии с резолюцией 1315 (2000) Совета Безопасности от 14 августа 2000 года, которая предусматривает:

"...2. Должностное положение любых обвиняемых лиц как главы государства или правительства или ответственного должностного лица правительства не освобождает такое лицо от уголовной ответственности и не смягчает наказание...

...

5. Индивидуальная уголовная ответственность за преступления, упомянутые в статье 5, определяется согласно соответствующим законам Сьерра-Леоне".

Статья 29 Закона о создании Чрезвычайных камер в судах Камбоджи для уголовного преследования за преступления, совершенные во время существования Демократической Кампучии, принятого Национальной Ассамблеей 2 января 2001 года на 5-й сессии Законодательного собрания второго созыва, безоговорочно одобренного Сенатом 15 января 2001 года, на 4-й сессии Законодательного собрания первого созыва, который стремится привлечь к суду высокопоставленных руководителей Демократической Кампучии и тех, кто больше всех виновен в преступлениях и серьезных нарушениях уголовного права Камбоджи, международного

---

гуманитарного права и обычаев и международных конвенций, признанных Камбоджей, которые были совершены в период с 17 апреля 1975 года по 6 января 1979 года, предусматривает:

"Должность или ранг любого подозреваемого не освобождает такое лицо от уголовной ответственности и не смягчает наказание".

Статья 15 с) Статута Специального трибунала Ирака, принятого 10 декабря 2003 года, предусматривает:

"Должностное положение любого обвиняемого лица как президента, премьер-министр, члена кабинета, председателя или члена Революционного совета командования, члена Регионального руководства Арабской социалистической партии Баас или правительства (или административного органа любого из них) или как ответственного должностного лица правительства Ирака, или члена партии Баас, или любое другое должностное положение не освобождает такое лицо от уголовной ответственности и не смягчает наказание. Никто не имеет право на какой бы то ни было иммунитет в отношении любого из преступлений, предусмотренных в статьях 11–14 [относящихся к геноциду, преступлениям против человечности, военным преступлениям и нарушениям принятых законов Ирака]".

## Часть вторая

### Объем и имплементация иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции

88. При рассмотрении аспектов, относящихся к объему иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, необходимо решить три основных вопроса, а именно: а) какие должностные лица государства пользуются иммунитетом от иностранной уголовной юрисдикции; б) на какие деяния распространяется такой иммунитет; и с) признает ли международное право какие-либо исключения из этого иммунитета или его ограничения (особенно в случае международных преступлений). На эти вопросы, видимо, получены разные ответы в зависимости от вида рассматриваемого иммунитета. Согласно концепции, которая, кажется, широко признается государствами<sup>205</sup>, судебными органами<sup>206</sup> и учеными<sup>207</sup>, вопросы, касающиеся лиц, пользующихся

---

<sup>205</sup> Это разграничение признавалось обеими сторонами в ходе устного разбирательства по делу, касающемуся *Некоторых вопросов взаимной помощи по уголовным делам (Джибути против Франции)*, в Международном Суде: CR 2008/3, р. 15 (Кондорелли, от имени Джибути); CR 2008/5, р. 50 (Пелле, от имени Франции).

<sup>206</sup> Это разграничение первоначально использовалось в связи с дипломатическим иммунитетом и является прочно установившимся в контексте такого иммунитета (см. например, Yoram Dinstein, "Diplomatic Immunity from Jurisdiction *Ratione Materiae*", *ICLQ*, vol. 15 (1966), pp. 76-89). См. также, например, Germany, Federal Constitutional Court, *Former Syrian Ambassador to the German Democratic Republic*, Case No. 2 BvR 1516/96, воспроизведено в *ILR*, vol. 115, р. 606). В отношении его использования в связи с иммунитетом других должностных лиц государства, см. например: ECHR, *Al-Adsani v. United Kingdom*, Application No. 35763/97, judgement, 21 November 2001, para 65; Switzerland, Tribunal fédéral, *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police (recours de droit administratif)*, ATF 115 Ib 496, pp. 501-502 (воспроизведено в Lucius Caflisch, "La pratique suisse en matière de droit international public 1980", *Revue suisse de droit international et droit européen*, 1991, pp. 535-536); *Pinochet (No. 3)*, р. 581 (в частности, Lord Brown-Wilkinson, *ibid.*, р. 592; Lord Goff of Chieveley, р. 598; Lord Hope of Craighead, р. 622; Lord Hutton, р. 629; Lord Saville of Newdigate, р. 641, Lord Millety, pp. 644-645).). Однако следует отметить, что в своем решении по делу "Об ордере на арест" Международный Суд рассмотрел вопрос об иммунитете действующего министра иностранных дел и сравнил его с иммунитетом бывшего министра, не ссылаясь на эту классификацию (критику обоснования Суда по этому аспекту см. в Antonio Cassese, "When May Senior State Officials be Tried for International Crimes? Some Comments on The Congo v. Belgium Case", *EJIL*, vol. 13 (2002), pp. 862-864).

<sup>207</sup> Это разграничение использовалось Комиссией в пункте 19 комментария к проекту статьи 2 проектов статей о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности (*Ежегодник...*, 1991 год, том II (часть вторая), стр. 19–20). См. также, среди прочего: Cassese, "When May Senior State Officials...", *op.cit.*, pp. 862-864; Vanessa Klinberg, "(Former) Heads of State before international(ized) criminal courts: the case of Charles Taylor before the Special Court for Sierra Leone", *German Yearbook of International Law*, том 46, 2003, р. 544; Adrew D. Mitchell, "Leave Your Hat On? Head of State Immunity and Pinochet", *Monash University Law Review*, vol. 25, 1999, pp. 230-



иммунитетом, охватываемых деяний и возможных исключений, часто рассматриваются в связи с двумя разными категориями иммунитета должностных лиц государства, а именно иммунитетом *ratione personae* и иммунитетом *ratione materiae*<sup>208</sup>. Это основное разграничение нашло отражение в принятой структуре настоящей части<sup>209</sup>.

89. С самого начала, однако, следует уточнить, что это разграничение используется для чисто описательных целей, не затрагивая вопроса о том, есть ли какое-либо различие в обосновании или характере соответствующих иммунитетов. Что касается обоснования, то большинство современных судебных решений и научных исследований сходятся в том, что предоставляемые должностным лицам государства иммунитеты предназначены не для их личного блага, а направлены на "обеспечение эффективного выполнения ими функций от имени соответствующих государств"<sup>210</sup>. Это верно не только для иммунитетов *ratione materiae*, но также и для иммунитетов *ratione personae*<sup>211</sup>. Между тем очевидно, что необходимость обеспечить эффективное выполнение государственных функций возникает по-разному в зависимости от характера и важности полномочий соответствующего

---

231; Geoffrey Robertson, *Crimes against Humanity: The Struggle for Global Justice* (London: Allen Lane, The Penguin Press, 1999), p. 402. В работе *Института* по вопросу об иммунитетах глав государства и правительства от юрисдикции и исполнения приговора в международном праве это разграничение было ясно проведено Сучариткулом (Institute, *Yearbook*, vol. 69 (2000-2001), p. 467), Верхувенем ("Rapport provisoire" *ibid.*, p. 488), Салмоном (*ibid.*, p. 53), Фоксом (*ibid.*, p. 579) и Динштейном (*ibid.*, p. 624); однако это различие присутствует в большей части дебатов.

<sup>208</sup> В судебных решениях и юридической литературе иногда используется иная терминология: иммунитет *ratione personae* также именуется "личным" или "абсолютным" иммунитетом, а иммунитет *ratione materiae* иногда называется "функциональным" или "органическим". Однако выражения, используемые в тексте, представляются наиболее широко принятыми и, как объясняется в дальнейшем, лучше описывают критерий, с помощью которого следует различать эти два вида иммунитета.

<sup>209</sup> Как представляется, предложенная структура более точно отражает состояние дебатов по вопросу об иммунитете должностных лиц государства в международном праве и, следовательно, соответствует цели настоящего исследования. Она избегает, в частности, повторений в описании охватываемых деяний и исключений для различных категорий должностных лиц государства. Однако в работе по кодификации можно было предусмотреть альтернативные подходы (например, описание объема иммунитета для различных категорий должностных лиц государства: главы государств, главы правительств, министры иностранных дел, прочие высокопоставленные должностные лица, другие должностные лица государства).

<sup>210</sup> *Arrest Warrant*, para 53.

<sup>211</sup> В этом смысле можно сказать, что иммунитет *ratione personae* предоставляется соответствующему должностному лицу для "функциональных" почти так же, как и иммунитет *ratione materiae* (это препятствует использованию выражения "функциональный иммунитет" для описания последнего). Относительно роли, которую в международном праве, по-видимому, продолжают играть традиционные обоснования иммунитета *ratione personae* глав государств, см. подпункт а) раздела А.1, ниже.

должностного лица и от того, осуществляет ли оно свои функции или ушло с поста. Эти совокупные факторы, по-видимому, объясняют различный объем двух видов иммунитета. В самом деле, пока должностное лицо государства пребывает в должности, уголовно-процессуальные действия, осуществляемые иностранным органом власти, могут привести к аресту этого лица и, следовательно, напрямую лишить его возможности продолжать выполнять свои обязанности. Необходимость сохранения этой возможности особенно настоятельна для высокопоставленных должностных лиц государства и лиц, наделенных функциями (особенно дипломатического или представительского характера), которые в силу их характера выполняются за границей. В отношении характера этого института большинство, видимо, придерживается позиции, что иммунитеты *ratione personae* и *ratione materiae* имеют одинаковый процессуальный характер<sup>212</sup>. Тем не менее было высказано мнение, что, хотя иммунитет *ratione personae* действительно относится к процессуальному праву, иммунитет *ratione materiae* скорее является "субстантивной защитой"<sup>213</sup>, при нем поведение агента государства, являющееся официальным действием, может присваиваться не ему, а государству<sup>214</sup>. Однако следует отметить, что последний принцип подвергается

---

<sup>212</sup> Другими словами, оба иммунитета – *ratione personae* и *ratione materiae* – являются барьером для осуществления юрисдикции иностранными уголовными трибуналами, а не защитой по существу, которая исключила бы уголовную ответственность соответствующих должностных лиц государства. Процессуальный характер вопроса об иммунитете, например, был подтвержден Апелляционной камерой Специального суда по Сьерра-Леоне, дело "Prosecutor v Charles Ghankay Taylor, para 27, или судьями Хиггинс, Коойманс и Бюргенталь в их Совместном особом мнении по делу "Об ордере на арест", пункт 74.

<sup>213</sup> Этот довод приводится, в частности, b. Gaetano Morelli, *Nozioni di diritto internazionale*, (Padova: CEDAM, 1967, (7th edition), pp. 215-216; Cassese, "When may Senior State Officials...", *op. cit.*, pp. 862-863.

<sup>214</sup> Последнее предположение встречается в доктрине. См. например, Cassese, "When May Senior State Officials...", *op. cit.*, p. 862 ("[Иммунитет *ratione materiae*] основан на понятии, что должностное лицо государства не несет ответственности перед другими государствами за действия, которые оно совершило в своем официальном качестве, и поэтому они должны присваиваться государству."); Hans Kelsen, *Principles of International Law* (New York: Holt, Rinehart and Winston, 1952, pp. 358-359 ("Поэтому этот принцип применяется не только в случае, когда государство как таковое выступает в качестве ответчика в суде другого государства, но и в случае, когда отдельное лицо является ответчиком или обвиняемым, а гражданское или уголовное правонарушение, за которое данный человек преследуется в судебном порядке, имеет характер деяния государства. Тогда это правонарушение вменяется в вину государству, а не отдельному лицу."); Gaeta, *op. cit.* (2002), p. 976; и Salvatore Zappalà, "Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Ghaddafi Case Before the French Cour de Cassation", *EJIL*, vol. 12 (2001), p. 598 (автор считает, что этот вид иммунитета распространяется на деяния, совершенные в порядке исполнения должностных полномочий, поскольку они должны относиться к самому государству). Такое же мнение высказал лорд Ллойд Бервик, в *Pinochet (No. 1)*, p. 1328: "Бывший глава государства пользуется постоянным иммунитетом в отношении правительственных деяний, которые он совершил как глава государства, потому что

критике<sup>215</sup> или толкуется иным образом<sup>216</sup>. Во всяком случае стоит отметить, что в юридической литературе, независимо от позиции, занятой по вопросу о характере этих

---

в обоих случаях эти действия присваиваются самому государству". Этот подход может, в частности, основываться на следующих прецедентах. В своей работе *Droit des gens* Эмер де Ваттель отметил, что, "если государство или его глава одобряет или санкционирует действие отдельного лица, оно тогда становится государственной проблемой, а потерпевшая сторона должна рассматривать это государство как истинного виновника ущерба, его гражданин был только инструментом" (В. II, ch. 6, § 74). На этот авторитет, в частности, ссылались в контексте дела *Маклеода*, когда в Соединенных Штатах был арестован британский подданный по обвинению в убийстве и поджоге в связи с разрушением судна "Каролин" британскими подданными, участвовавшими в подавлении канадского восстания 1837 года. Британское правительство просило освободить Маклеода по той причине, что нападение было публичным деянием людей, находящихся на службе Ее Величества и выполняющих приказ вышестоящего начальства, и не могло быть основанием для разбирательства в Соединенных Штатах. С этим принципом согласилось правительство Соединенных Штатов, но вопрос о *nonle prosequi* (об отказе от дальнейшего судебного преследования) был передан в Верховный суд Нью-Йорка, который, хотя и рассмотрел этот довод, решил возратить обвиняемого под стражу для судебного разбирательства по обычным правовым формам. (*The People v. McLeod*, 1 HILL (NY 4) 377 (1841; обвиняемый позднее был признан невиновным). В ответ направленную после событий (28 июля 1842 года) ноту, в которой британское правительство потребовало заверений в том, что "принцип, который никогда не отклонялся в изложении доводов относительно того, что лица, действующие в соответствии с законными полномочиями, лично не несут ответственности за выполнение приказов своего правительства", будет гарантирован в будущем, правительство Соединенных Штатов признало вышеуказанный принцип (описание этого дела см. в R.Y. Jennings , "The *Caroline* and *McLeod* Cases", *AJIL*, vol. 32 (1938), pp. 82-99, esp. pp. 92-96). См. также заявление министра юстиции Соединенных Штатов в гражданском иске против Колло, французского губернатора Гваделупы, в 1797 году (воспроизведено в J.B. Moore, *A Digest of International Law*, 1906, vol. II, pp. 23-24). В контексте дела *Блашкича* Апелляционная камера Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии (под председательством судьи Кассесе) отклонила возможность для Трибунала направить вызовы в Суд должностным лицам государства, действующим в их официальном качестве, отметив, что "должностные лица государства не могут нести ответственность за противоправные деяния, которые приписываются не им лично, а государству, от имени которого они действуют: они пользуются так называемым "функциональным иммунитетом" (*Prosecutor v. Blaškić, Sub poena* decision, para 38 (сноска опущена)). Апелляционная камера далее ссылалась на довод французского правительства в деле *Rainbow Warrior* и решение Верховного суда Израиля по делу *Эйхмана* (дальнейший анализ решения по делу *Блашкича* и двух последних дел см. в разделе В настоящей части).

<sup>215</sup> См. мнение лорда Хоффманна по делу *Джонса*:

«По моему почтительному мнению, несколько надуманно утверждать, что деяния должностных лиц "приписываются не им лично". Эта практика может привести к путанице, особенно в тех случаях, когда какой-то аспект иммунитета отдельного лица отменен договором, как это сделано Конвенцией о пытках в отношении уголовного судопроизводства. Было бы странно заявлять, например, что применение пыток по приказу генерала Пиночета вменяется ему лично для целей уголовной ответственности, но только государству Чили для целей гражданской ответственности. Было бы яснее сказать, что Конвенция о пытках отменяет иммунитет от уголовного преследования, но не затрагивает

иммунитетов, иммунитет *ratione personae*, как правило, считается автономным видом<sup>217</sup>, тогда как иммунитет *ratione materiae* часто увязывается с доктриной иммунитета государств<sup>218</sup>.

---

иммунитета от гражданской ответственности. Поэтому я предпочел бы сказать, как Леггатт Л.Дж. в *Propend Finance Pty Ltd v. Sing* (1997) 111 ILR 611, 669, что иммунитет государств предоставляет отдельным служащим или должностным лицам иностранного государства "защиту под той же вывеской, под которой обеспечивает защиту самого государства". Но это различие в форме выражения, а не в существе нормы».

United Kingdom, House of Lords, *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia), Mitchell and others v. Al-Dali and others and Ministry of Interior of Mamlaka Al-Arabia AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia), Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabia AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia)* (далее дело *Джонса*), 14 June 2006, [2006] UKHL 26, para. 68.

В отношении последней критики формалистического языка см. McGregor, *op.cit.*, pp. 903-919.

<sup>216</sup> См. Алан Пелле, от имени Французской Республики, в деле, касающемся *Некоторых вопросов взаимной помощи* (CR 2008/5, р. 51), цитируется в разделе В настоящей части.

<sup>217</sup> По словам Комиссии, "[е]сли обратиться к истории, то иммунитеты суверенов и послов вошли в практику даже раньше, чем иммунитеты государств. В межгосударственной практике они регулируются различными комплексами принципов международного права". Однако Комиссия также отметила, что "[в]ысказывалось мнение, что, строго говоря, все юрисдикционные иммунитеты происходят от основной нормы государственного суверенитета" (пункт 19 комментария к статье 2, в *Ежегоднике...*, 1991 год, том II (часть вторая), стр. 19, сноска 47).

<sup>218</sup> Отождествление иммунитета *ratione materiae* должностных лиц с иммунитетом государств, по-видимому, обычно поддерживается в контексте гражданского судопроизводства. См. в части первой обсуждение этого вопроса в работе Комиссии, касающейся Конвенции Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности 2004 года. Как поясняется в комментарии к статье 2: "Иски против таких 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*..., рассматриваемый иммунитет не только принадлежит государству, но и ...основан на суверенном или официальном характере деятельности, будучи иммунитетом *ratione materiae*" (пункт 18 комментария к статье 2, там же, стр. 19). В юриспруденции см. например, Соединенное Королевство, дело *Джонса*, пункты 10 (Лорд Бингхем Корнхилл со ссылкой на другие дела в различных юрисдикциях), 30 (Лорд Бингхем Корнхилл) и 66 (Лорд Хоффманн). В Соединенных Штатах некоторые органы правосудия рассматривали отдельных лиц как "инструментарий" иностранных государств в соответствии с Законом об иммунитетах иностранного суверена 1976 года: *Kline v. Kaneko*, 685 F.Supp. 386 (S.D.N.Y. 1988) (считая, что мексиканский министр правительства может быть привлечен к суду в своем официальном качестве и имеет право на защиту согласно Закону об иммунитетах иностранного суверена); *Mueller v. Diggelman*, No. 82 Civ. 5513, 1983 WL 25419 (S.D.N.Y., May 13 1983) (считая, что швейцарский суд – это "орган" государства); *Rios v. Marshall*, 530 F.Supp. 351 (S.D.N.Y. 1981) (считая, что совет по иностранной рабочей силе – это "инструментарий" согласно Закону об иммунитетах иностранного суверена, и таким образом предоставляя должностным лицам совета право на защиту).

90. Что касается пользующихся иммунитетом лиц, эти два иммунитета отличаются тем, что иммунитетом *ratione personae* пользуется только ограниченное число действующих высокопоставленных должностных лиц, а иммунитет *ratione materiae*, видимо, распространяется на должностных лиц государства в целом<sup>219</sup> и выходит за рамки периода выполнения последними своих функций. Отсюда следует, в частности, что высокопоставленному должностному лицу, например главе государства, предоставляется широкий иммунитет *ratione personae*, пока он занимает должность<sup>220</sup>, но после ухода с поста он продолжает пользоваться более ограниченным иммунитетом *ratione materiae*<sup>221</sup>. Однако возникает ряд вопросов. Обсуждается, например, вопрос о том, охватывает ли иммунитет *ratione personae* только глав государств или распространяется и на других высокопоставленных должностных лиц (Международный Суд придерживается мнения, что таким иммунитетом пользуются также главы правительств и министры иностранных дел, а другие органы правосудия еще более расширили пределы этого иммунитета, распространив его на прочих высокопоставленных должностных лиц).

91. В отношении содержания следует напомнить, что иммунитет *ratione personae* имеет более широкий физический объем, поскольку он распространяется на любое поведение соответствующего должностного лица государства<sup>222</sup>, тогда как иммунитет *ratione materiae* ограничивается теми действиями, которые совершаются в порядке выполнения

---

На взаимосвязь между иммунитетом *ratione materiae* должностных лиц государства и иммунитетом государств также ссылаются при уголовном судопроизводстве (см. например, Hazel Fox, "The Pinochet Case No. 3", *ICLQ*, vol. 48 (1999), pp. 695-696; Pasquale De Sena, "Immunity of State Organs and Defense of Superior Orders as an Obstacle to the Domestic Enforcement of International Human Rights", в Benedetto Conforti and Francesco Francioni (eds), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts* (The Hague: Martinus Nijhoff, 1997), p. 371.

<sup>219</sup> По этому вопросу см. раздел В настоящей части.

<sup>220</sup> Как было отмечено Кассесе, высокопоставленному должностному лицу также предоставляется, даже когда он занимает должность, иммунитет *ratione materiae* в отношении деяний, совершенных им в порядке выполнения своих официальных функций. В этом смысле две категории иммунитета, можно сказать, сосуществуют и частично перекрывают друг друга (см. Cassese, "When May Senior State Officials...", *op. cit.*, p. 864; см. также Dinstein, *op. cit.*, p. 82). Однако это сосуществование не имеет каких-либо последствий, если только не должно быть принято во внимание, что эти два иммунитета различаются по своему характеру, в этом случае иммунитет *ratione personae* устанавливает процессуальный барьер для осуществления юрисдикции иностранными уголовными трибуналами, а иммунитет *ratione materiae* обеспечивает субстантивную защиту (в отношении этой теории см. сноски 213 и 214, выше, и соответствующий текст).

<sup>221</sup> По этой причине для обозначения иммунитета *ratione materiae*, которым пользуются после окончания срока полномочий, иногда употребляется выражение "остаточный иммунитет" (см. например, Andrea Bianchi, "Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case", *EJIL*, vol. 10 (1999), p. 254, fn 73).

<sup>222</sup> Именно поэтому иммунитет *ratione personae* часто определяется как "абсолютный" или "полный".

официальных функций. Другими словами, первый иммунитет предоставляется исходя из статуса соответствующего лица (*ratione personae*), а второй – исходя из характеристик соответствующего поведения (*ratione materiae*). Основной вопрос, возникающий в этой связи, касается определения "официальных действий", на которые распространяется иммунитет *ratione materiae*, и того, как отличать эти действия от поведения должностного лица государства в личном качестве.

92. Вопрос о возможных исключениях также получил разную трактовку в зависимости от вида рассматриваемого иммунитета. Основные разногласия в этом отношении касаются преступлений по международному праву. Довод в пользу исключения таких преступлений из сферы охвата иммунитета *ratione materiae*, кажется, принимается преобладающим большинством (хотя конкретные мотивы и объем этого исключения по-прежнему имеют разное толкование). И напротив, по мнению большинства (его, очевидно, придерживался Международный Суд в деле "Об ордере на арест" и на нем основана национальная судебная практика, но оно было подвергнуто критике рядом ученых), указанное исключение неприменимо в случае иммунитета *ratione personae*.

93. Эти вопросы рассматриваются более подробно ниже.

#### **A. Иммунитет *ratione personae***

94. Иммунитет *ratione personae* характеризуется широким физическим объемом и предоставляется согласно международному праву ограниченному числу должностных лиц, особенно главе государства, пока он занимает этот пост. Несмотря на достаточно значительную практику государств (включая многочисленные национальные судебные решения) по этому вопросу в связи с гражданскими исками, уголовные разбирательства, при которых вопрос об иммунитете рассматривается во внутригосударственных судебных инстанциях, проводятся нечасто. Хотя решения по гражданским делам технически выходят за рамки настоящей темы, они могут представлять особый интерес и касаться некоторых вопросов, имеющих отношение к целям настоящего исследования. Соответственно, эти дела иногда используются как справочный материал. Во всяком случае вопрос об иммунитете от уголовной юрисдикции занимает важнейшее место в правовых прениях в последнее время, особенно с ростом числа уголовных обвинений, выдвигаемых против действующих глав государств и других высокопоставленных должностных лиц в связи с преступлениями по международному праву.

95. Наблюдается быстрый рост числа прямо относящихся к делу судебных постановлений и соответствующих научных статей по этому вопросу<sup>223</sup>. Стоит отметить, что вопрос об иммунитете *ratione personae* лежит в основе вынесенного Международным Судом решения по делу "Об ордере на арест", касающемуся спора относительно выдачи и международного распространения Бельгией ордера на арест действующего министра иностранных дел Демократической Республики Конго исходя из пунктов обвинения в военных преступлениях и преступлениях против человечества в соответствии с законодательством Бельгии. Хотя Суд тем самым вынес четкое постановление об объеме иммунитета, которым пользуется министр иностранных дел, дебаты вокруг иммунитета *ratione personae*, похоже, не прекращаются.

### **1. Отдельные лица, на которых распространяется иммунитет**

96. Определение персонального объема иммунитета *ratione personae* влечет за собой по существу выявление тех категорий должностных лиц государства, на которых распространяется такой иммунитет, а также обоснование последнего. Следует также рассмотреть ряд связанных вопросов, главным образом вопросом, касающихся обстоятельств, в которых предоставляется этот иммунитет.

97. В свете государственной практики и юридической литературы должностных лиц государства, претендующих на пользование иммунитетом *ratione personae*, можно классифицировать по трем различным категориям: а) глава государства; б) глава правительства и министр иностранных дел; и с) другие высокопоставленные должностные лица. Примеров, когда бы утверждалось, что должностные лица государства более низкого ранга пользуются иммунитетом такого рода, кроме как в весьма конкретных обстоятельствах, по-видимому, нет. Три случая, в которых должностные лица более низкого ранга пользуются таким иммунитетом, уже стали предметом кодификации: в соответствии с пунктом 1 статьи 31 Венской конвенции о дипломатических сношениях 1961 года дипломатические агенты пользуются иммунитетом от уголовной юрисдикции государства пребывания; в соответствии с пунктом 1 статьи 31 Конвенции о специальных

---

<sup>223</sup> Очевидно, что широкая огласка, которую получили дела, связанные с бывшими высокопоставленными должностными лицами (особенно дело Пиночета в Испании и Соединенном Королевстве), которые с технической точки зрения подпадают под сферу охвата иммунитета *ratione materiae*, также вызвала повышенный интерес к вопросу об иммунитете *ratione personae*, стимулируя судебные процессы против действующих должностных лиц и более тщательное освещение иммунитета *ratione personae* в юридической литературе.

миссиях 1969 года представители посылающего государства в специальной миссии и члены ее дипломатического персонала также пользуются иммунитетом от уголовной юрисдикции принимающего государства; и в соответствии со статьей 30 Венской конвенции о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера 1975 года иммунитет распространяется на главу представительства и членов дипломатического персонала представительства при международной организации универсального характера<sup>224</sup>.

98. С самого начала следует подчеркнуть, что этот иммунитет действует только в период пребывания соответствующего должностного лица государства на посту: его широкий физический объем оправдывается целью обеспечения защиты обладателя иммунитета и предоставления ему возможности выполнять свои официальные обязанности<sup>225</sup>. После прекращения выполнения этим лицом своих функций на него будет распространяться только более ограниченный иммунитет *ratione materiae*. Строго временная сфера действия иммунитета *ratione personae* единогласно признается в доктрине<sup>226</sup> и подтверждается национальными судебными решениями<sup>227</sup>. Наглядным

---

<sup>224</sup> Кроме того, имеются двусторонние консульские соглашения, предусматривающие, что члены дипломатического персонала, на которых возложены консульские функции, продолжают пользоваться правами, привилегиями и иммунитетами, предоставленными им в силу их дипломатического статуса, а также предусматривающие, что консульские работники пользуются иммунитетом от уголовной, гражданской и административной юрисдикции в принимающем государстве, кроме как в случае гражданских исков; см. например, статьи 23 и 32 Консульского соглашения между Союзом Советских Социалистических Республик и Китайской Народной Республикой, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1477, p. 210.

<sup>225</sup> Этот вид иммунитета аналогичен тому, который предоставляется действующему главе дипломатической миссии и в соответствии с принципом *ne impediatur legatio* (см. Fox "The Pinochet Case No. 3", *op.cit.*, pp. 494-496).

<sup>226</sup> См., в частности: Cassese, "When May Senior State Officials...", *op.cit.*, p. 864; Michel Cosnard, "Quelques observations sur les décisions de la Chambre des Lordes du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l'affaire Pinochet", *RGDIP*, vol. 104 (1999), p. 314; Michael A. Tunks, "Diplomats or Defendants? Defining the Future of Head-of-State Immunity", *Duke Law Journal*, vol. 52, 2002, p. 663; Zappalà, *op.cit.*, p. 600.

<sup>227</sup> См. различные судебные случаи, особенно в гражданском судопроизводстве, когда бывшему главе государства было отказано в иммунитете за частные деяния (и поэтому не был предоставлен иммунитет *ratione personae*), например: Cour d'appel de Paris, *Mellerio c. Isabelle de Bourbon, ex-Reine d'Espagne*, 3 June 1872 (о покупке ювелирных изделий для личного пользования); Tribunal civil de la Seine, *Seyyid Ali Ben Hammond, Prince Rashid c. Wiercinski*, 25 July 1916 (об оплате посланий бывшим Султаном Занзибара); Cour d'appel de Paris, *Ex-roi d'Egypte Farouk c. S.A.R.L. Christian Dior*, 11 April 1957, воспроизведено в *Journal du droit international*, 1957, pp. 716-718; Tribunal de Grande Instance de la Seine, *Soc. Jean Dessès c. Prince Farouk et dame Sadek*, 12 June 1963, воспроизведено в *Clunet*, 1964, p.285; английская версия в *International Law Reports*, vol. 33,



примером применения этого принципа служит позиция испанской *Audiencia Nacional*, которая в соответствующих уголовных процессах по аналогичным обвинениям отказала в иммунитете Аугусто Пиночету как бывшему главе государства Чили, но признала такой иммунитет в иске против Фиделя Кастро как действующего главы государства Кубы<sup>228</sup>.

#### а) Главы государств

99. Признание иммунитета *ratione personae* у действующих глав государств в иностранной уголовной юрисдикции, по-видимому, не оспаривается. В пункте 2 статьи 3 Конвенции Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности говорится, что она "не наносит ущерба привилегиям и иммунитетам, предоставляемым в соответствии с международным правом главам государства *ratione personae*"<sup>229</sup>. Обе стороны признали такой иммунитет во время процессуальных действий в Международном Суде по делу, касающемуся *Некоторых*

---

pp. 37-38 (о покупке одежды бывшим Королем Египта своей жене); *United States of America v. Noriega*, (1990) 746 F.Supp. 1506 (о торговле наркотиками); и *In re Estate of Ferdinand Marcos*, 25 F.3d 1467, 1471 (9th Cir. 1994).

<sup>228</sup> В отношении дела Пиночета см. просьбу о выдаче, поданную 3 ноября 1998 года (*Auto de solicitud de extradición de Pinochet*, Мадрид, 3 ноября 1998 года, четвертый пункт, 5(d), где проводится четкое различие между иммунитетами, предоставляемыми действующим и бывшим главам государств (воспроизведена по адресу: <http://www.ua.es/up/pinochet/documentos/auto-03-11-98/auto24.htm>). Относительно дела Кастро см. *Audiencia Nacional Auto del Pleno de la Sala de lo Penal*, 4 марта 1999 года (трибунал счел, что иммунитет иностранного главы государства основывается не на Венских конвенциях о дипломатических сношениях и консульских сношениях, а на двусторонних договорах и международном обычном праве).

<sup>229</sup> В пункте 6 своего комментария к соответствующему проекту статьи Комиссия указала следующее:

"Пункт 2 имеет целью включить прямую ссылку на иммунитеты, предоставляемые в соответствии с действующим международным правом иностранным суверенам и другим главам государств в их частном качестве, то есть *ratione personae*. Юрисдикционные иммунитеты государств в отношении суверенов и других глав государств, выступающих в качестве государственных органов или представителей государства, рассматриваются в статье 2 Конвенции. Подпункты 1 b i) и v) статьи 2 охватывают различные органы управления государства и представителей государств, включая глав государств, независимо от систем правления. Поэтому оговорка в пункте 2 статьи 3 касается исключительно частных действий или персональных иммунитетов и привилегий, признанных и предоставляемых в межгосударственной практике, без какого-либо предположения относительно того, что их статус должен каким-либо образом быть затронут настоящими статьями. Действующее обычное право остается нетронутым" (*Ежегодник..*, 1991 год, том II (часть вторая), стр. 23 (сноска опущена)).

вопросов взаимной помощи по уголовным делам (*Джибути против Франции*)<sup>230</sup>. Такой иммунитет иногда определенно предоставляется в соответствии с национальным законодательством, как, например, согласно Разделу 20 Закона Соединенного Королевства об иммунитете государства 1978 года, применимому в отношении "суверена или другого главы государства"<sup>231</sup>.

100. Несколько судебных случаев, в которых обеспечивается применение такого иммунитета, можно найти в национальной юриспруденции<sup>232</sup>. Например, Федеральный верховный суд Федеративной Республики Германии в 1984 году отклонил ходатайство об определении компетентного суда для ведения уголовного дела против г-на Хоннекера, главы государства Германской Демократической Республики, на основании наличия у

---

<sup>230</sup> См. например: *Memorial of the Republic Djibouti*, 15 March 2007, para. 133; *Counter-Memorial of the French Republic*, 13 July 2007, para. 4.6; CR 2008/1, pp. 35-37 (ван ден Бизен, от имени Джибути); CR 2008/5, p. 25 (Пелле, от имени Франции). Во время завершения работы над настоящим исследованием дело находилось на обсуждении.

<sup>231</sup> 20 июля 1978 года, воспроизведен в *ILM*, vol. 17, 1978, p. 1123. Раздел 36 Австралийского закона об иммунитетах иностранных государств (Закон № 196 от 1985 года) также распространяет действие национального законодательства, имплементирующего Венскую конвенцию о дипломатических сношениях (Закон 1967 года о дипломатических привилегиях и иммунитетах), "с такими изменениями, которые необходимы", на главу иностранного государства. В других странах национальные законы об иммунитете государства определяют термин "иностранное государство" как включающий главу государства, действующего в статусе государственного деятеля; см. раздел 2 а) Канадского закона об иммунитете государства (от 1980 года с последующими поправками); раздел 15 1)(а) Пакистанского декрета № VI от 1981 года; раздел 16 1) Сингапурского закона об иммунитете государства 1979 года (с поправками, внесенными в 1985 году); раздел 2 а) Южноафриканского закона № 87 от 1981 года об иммунитетах иностранных государств (все воспроизведены в Andrew Dickinson, Rae Lindsay and James P. Loonam – Clifford Chance (eds), *State Immunity. Selected Materials and Commentary* (Oxford University Press, 2004), pp. 469-522). В прецедентном праве Соединенных Штатов существуют разногласия относительно того, заменяет ли собой Закон об иммунитетах иностранного суверена 1976 года норму общего права об иммунитете главы государства. По этому вопросу см. сноску 247, ниже.

<sup>232</sup> Ссылку на традиционное прецедентное право, предоставляющее иммунитет суверену, см. во *Втором докладе* Специального докладчика Сомпонга Сучариткула, который сделал следующее заключение: "В государственной практике четко определено положение о том, что суверен иностранного государства пользуется юрисдикционным иммунитетом, в том числе иммунитетом от личного ареста или задержания на территории другого государства" (*Ежегодник..*, 1980 год, том II, часть 1, стр. 237, пункт 36). В дополнение к случаям, описанным ниже, можно сделать ссылку на гражданское судопроизводство в Швейцарии, *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, в *Revue suisse de droit international et droit européen*, 1991, pp. 535-536, когда Федеральный трибунал, рассматривая вопрос об иммунитете *ratione materiae* бывшего главы государства, подтвердил вытекающий из обычая характер иммунитета *ratione personae* действующего главы государства от иностранной уголовной юрисдикции.

последнего иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции в соответствии с общими нормами международного права<sup>233</sup>. Кассационный суд Франции отменил в 2000 году решение Апелляционного суда Парижа, который отказал в иммунитете полковнику Каддафи, главе государства Ливийской Арабской Джамахирии, в связи с обвинениями, касающимися нападения на воздушное судно в 1989 году, подтвердив, что:

"международный обычай не допускает осуществления процессуальных действий в отношении глав государств, находящихся на посту, в уголовных судах иностранного государства при отсутствии конкретных [международных] положений в обратном смысле, обязательных для заинтересованных сторон"<sup>234</sup>.

101. В 2004 году Британский старший окружной судья отказался выдать ордер на арест г-на Мугабе в связи с обвинениями в применении пыток на том основании, что как действующий глава государства Зимбабве он обладает правом на иммунитет в соответствии с разделом 20 Закона об иммунитете государства<sup>235</sup>. В недавнем случае, в 2008 году, испанская Audiencia Nacional, ссылаясь на прецеденты в Германии и Бельгии, а также на дело "Об ордере на арест", пришла к заключению, что испанские суды некомпетентны преследовать г-на Кагаме, нынешнего главу государства Руанды, по обвинениям в геноциде, преступлениям против человечности, военных преступлениях и террористических актах<sup>236</sup>. Иммунитет *ratione personae* действующих глав государств также был подтвержден теми органами правосудия, которые рассматривали (и иногда

---

<sup>233</sup> Federal Supreme Court (Second Criminal Chamber), *Re Honecker*, Case No. 2 ARs 252/84, Judgment of 14 December 1984, воспроизведено в *ILK*, vol. 80, pp. 365-366.

<sup>234</sup> Court of Cassation, *Affaire Kadhafi*, Judgment No. 1414 of 13 March 2001, воспроизведено в *ILR*, vol. 125, pp. 508-510 (французский подлинник гласит следующее: "la coutume internationale s'oppose à ce que les chefs d'Etat en exercice puissent, en l'absence de dispositions internationales contraires s'imposant aux parties concernées, faire l'objet de poursuites pénales d'un Etat étranger" (воспроизведено в *RGDIP*, vol. 105 (2001), p. 474)).

<sup>235</sup> Senior District Judge at Bow Street, *Tatchell v. Mugabe*, Judgment of 14 January 2004, воспроизведено в *ICLQ*, vol. 53 (2004), pp. 769-770: "Международное обычное право, которое закреплено в нашем обычном праве, в настоящее время предоставляет абсолютный иммунитет любому главе государства".

<sup>236</sup> *Audiencia Nacional, Auto del Juzgado Central de Instrucción No. 4*, 6 February 2008, Fourth paragraph, no. 1, pp. 151-157. Трибунал сделал свое заключение на основании статьи 21 Органического закона о судебной власти, предусматривающей, что испанская юрисдикция ограничивается юрисдикционным иммунитетом, признанным по международному праву ("за исключением так называемых юрисдикционного иммунитета и иммунитета от принудительного исполнения судебного постановления, установленных нормами Международного государственного права"). Как отмечалось в этом решении, *Audiencia Nacional* дала аналогичное заключение по уголовным делам, возбужденным против Короля Марокко (*Auto de la Sala Penal de la Audiencia Nacional*, 23 December, 1998) и президента Республики Экваториальная Гвинея.

отклоняли) иммунитет бывших глав государств: так, например, в деле *Пиночета (№ 3)* некоторые судебные лорды, установив пределы иммунитета генерала Пиночета в связи с уголовными обвинениями в применении пыток, признали, что ситуация была бы иной, если бы он все еще был президентом Чили<sup>237</sup>. Юридическая литература также подтверждает признание иммунитета *ratione personae* глав государств<sup>238</sup>.

102. Специальный режим, предоставляемый главам государств, и, в частности, иммунитет *ratione personae*, которым они пользуются, получили различные обоснования в международном праве. Традиционно это мотивировалось соображениями личного статуса главы государства как суверена – *обоснование*, которое объясняется принципом *par in parem non habet imperum* (равный не имеет власти над равным)<sup>239</sup>. Это также обосновывалось требованием уважать достоинство главы государства как олицетворения суверенитета государства<sup>240</sup>. Эти теории подразумевали отсутствие четкого различия

---

<sup>237</sup> См. *Pinochet (No. 3)*, в частности Lord Hope of Craighead, p. 624; Lord Hutton, pp. 637-638; Lord Saville of Newdigate, p. 642; Lord Millett, p. 651; и в порядке презумпции Lord Phillips of Worth Matravers, pp. 660-661. Этот принцип признавался обвинением (*ibid.*, p. 637).

<sup>238</sup> См. например, Verhoeven, "Rapport provisoire", *op. cit.*, p. 516 (и авторы, цитируемые в нем); Christian Dominicé, "Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef d'Etat", *Revue générale de droit international public*, vol. 103 (1999), pp. 301-302; Virpi Koivu "Head-of-State Immunity v. Individual Criminal Responsibility under International Law", *Finnish Yearbook of International Law*, vol. XII (2001), p. 312; Charles Pierson, "Pinochet and the End of Immunity: England's House of Lords Holds that a Former Head of State is Not Immune for Torture", *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 14 (2000), pp. 273-274; Charles Rousseau, *Droit international public, Tome IV: Les relations internationales* (Paris: Sirey, 1980), pp. 125-126; Ernest Mason Satow, *Satow's Guide to Diplomatic Practice*, Lord Gore-Booth (ed.), (London: Longmans Green, 1979), (5th edition), pp. 9-10; Xiaodong Yang "State immunity in the European Court of Human Rights: Reaffirmations and misconceptions", *BYBIL*, vol. 74 (2003), pp. 352-353; и Zappalà, *op.cit.*, pp. 599-600. См. однако, Jerrold L. Mallory, "Resolving the Confusion Over Head of State immunity: The Defined Rights of Kings", *Columbia Law Review*, vol. 86 (1986), pp. 176-179, который отметил в 1986 году, что "хотя обзор подхода международного сообщества к вопросу об иммунитете глав государств свидетельствует о широком согласии в том, что главы государств имеют право на некоторый иммунитет, консенсус относительно предела этого иммунитета отсутствует" (*ibid.*, p. 177).

<sup>239</sup> См. например, District Court, S.D. New York, *Tachiona v. Mugabe*, 169 F. Supp. 2d (S.D.N.Y. 2001), p. 264.

<sup>240</sup> См. *ibid.*, pp. 268-269. См. также United Kingdom v. *De Haber v. Queen of Portugal*: "Вызов иностранного монарха в его официальном качестве в муниципальный суд по выдвинутому против него официальному обвинению противоречит международному праву и является таким оскорблением, в отношении которого он имеет право выразить свое возмущение" (цитируется Специальным докладчиком Сучариткулом в *Ежегоднике...*, 1980 год, том II, часть I, стр. 237, сноска 28). См. также часть первую, раздел С.1.

между иммунитетом главы государства и иммунитетом суверена государства<sup>241</sup> (последний в то время считался абсолютным<sup>242</sup>). В некоторых случаях в связи с этим также применялась доктрина вежливости, основанная на идее, что каждое государство уважает иммунитет, с тем чтобы его собственный глава, находясь за границей, получил аналогичное обхождение<sup>243</sup>.

103. Современное международное право отошло от такого обоснования иммунитета главы государства, настаивая на необходимости обеспечения эффективного выполнения его функций в интересах этого государства<sup>244</sup>. Эту позицию, в частности, заняли *Институт*<sup>245</sup>, а также Комиссия в комментарии к проектам статей о юрисдикционных

---

<sup>241</sup> Как было отмечено Специальным докладчиком Сучариткуллом в его втором докладе, "большинство авторов рассматривает вопрос об иммунитетах суверенов иностранных государств вместе с иммунитетами иностранных государств (*Ежегодник...*, 1980 год, том II, часть I, стр. 237, пункт 36). См. также материалы рассматривавшегося в Соединенных Штатах дела *Tachiona v. Mugabe*, в которых Окружной суд отметил, что до 1976 года (год принятия Федерального закона об иммунитетах суверенов в Соединенных Штатах) "в широко принятой международной практике не был установлен отдельный принцип иммунитета главы государства" (*ibid.*, p. 276; см. также J.W. Dellapenna, "Head-of-state immunity – Foreign Sovereign Immunities Act-suggestion by the Department of State", *AJIL*, vol. 88 (1994), pp. 529-530; S.V. George, "Head of State immunity in the United States courts: still confused after all these years", *Fordham Law Review*, vol. 64 (1995), p. 1055).

<sup>242</sup> Относительно абсолютного иммунитета суверена иностранного государства согласно этой классической теории см. часто цитируемое решение Верховного суда Соединенных Штатов 1812 года в *The Schooner Exchange v. McFaddon*, особенно на стр. 136-137.

<sup>243</sup> См., например, Supreme Court, *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113, 163-64, 16 S.Ct.139, 143 L.Ed. 95 (1895):

"это не вопрос ни абсолютного обязательства..., ни простой вежливости и доброй воли..., но допускаемое одним государством признание на своей территории актов законодательной, исполнительной или судебной власти другого государства при должном учете как международных обязанностей и преимуществ, так и прав собственных граждан или других лиц, которые находятся под защитой его законов" (цитируется в District Court, E.D. New York, *Lafontant v. Aristide*, 844 F. Supp. 128, p. 132). См. также District Court for the District of Columbia, *Flatow v. Islamic Republic of Iran*, 76 F. Supp. 2d 28 (D.D.C. 1999), p. 24: "как и иммунитет суверена иностранного государства, иммунитет главы государства – это вопрос любезности и вежливости, а не вопрос права".

<sup>244</sup> См. Verhoeven, "Rapport provisoire", para. 16, воспроизведено в Institut, *Yearbook*, vol. 69 (2000-2001), pp. 507-508.

<sup>245</sup> В преамбуле резолюции, принятой *Институтом* на его сессии в Ванкувере по этому вопросу, подтверждается, "что главе государства или главе правительства как представителю этого государства, а не в его или ее личных интересах должен быть предоставлен особый режим, потому что это необходимо для независимого и эффективного осуществления им или ею своих функций и выполнения своих обязанностей в хорошо продуманных интересах как государства или правительства, главой которого он или она является, так и международного сообщества в целом" (резолюция от 26 августа 2001 года, третий пункт преамбулы).

иммунитетах государств и их собственности<sup>246</sup>. Отсюда следует, что иммунитет главы государства в настоящее время истолковывается как автономный институт согласно международному праву, имеющий собственное *обоснование* и подчиненный отдельному режиму<sup>247</sup>. Однако, как представляется, упомянутое выше классическое обоснование полностью не исчезло и все еще используется некоторыми авторами для объяснения некоторых аспектов иммунитета *ratione personae* главы государства<sup>248</sup>. В любом случае

---

<sup>246</sup> В пункте (19) комментария Комиссии к проекту статьи 2 документа, который позднее стал Конвенцией Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, указывается, что иммунитет *ratione personae* суверенов и послов "предназначен... для пользы государств, представляемых ими, чтобы дать им возможность осуществлять представительские функции, а также эффективно выполнять свои официальные обязанности" (*Ежегодник...*, 1991 год, том II (часть вторая), стр. 19–20).

<sup>247</sup> Вопрос об автономии института иммунитета главы государства часто рассматривается национальными судами. В Соединенных Штатах встает вопрос в связи с тем, подпадает ли иммунитет глав государств (и других должностных лиц) под действие положений Закона 1976 года об иммунитетах иностранного суверена: прецедентное право, кажется, разделилось по этому вопросу; одни суды считают, что этот Закон применяется к отдельным иностранным должностным лицам (см., в частности, Court of Appeals, Ninth Circuit, *Chuidian v. Philippine National Bank*, 912 F.2d 1095 (9th Cir. 1990) (воспроизведено в *ILR*, vol. 92, pp. 480-493), затем, например, District Court N.D. Калифорния, *Doe v. Qi*, 349 F.Supp.2d 1258), а другие суды рассматривают иммунитет главы государства как автономную доктрину согласно общему праву, принуждающую суды принять как неоспоримые предложения Государственного департамента об иммунитете (см., например, District Court, E.D. New York, *Lafontant v. Aristide*, 844 F.Supp. или *Tachiona v. Mugabe*). По этому вопросу см., например, Tunks, *op. cit.*, pp. 666-675. В Соединенном Королевстве Закон 1978 года об иммунитете суверена проводит различия между иммунитетом от юрисдикции иностранных государств (регулируемым согласно части I, которая не применяется к уголовному судопроизводству) и иммунитетом глав государств (включенным в раздел 20 части III): соответственно, в деле *Пиночета (№ 3)* судебные лорды рассмотрели вопрос об иммунитете бывшего главы государства на основе последних положений, которые, по их мнению, соответствуют общим нормам международного права (см. *Pinochet (No. 3)*, в частности, Lord Brown-Wilkinson, p. 593; Lord Goff of Chieveley, *ibid.*, p. 598; и Lord Hope of Craighead, pp. 621-622).

<sup>248</sup> Уотс, например, отмечает, что глава государства пользуется иммунитетом "в порядке признания его особого статуса как лица, занимающего высшую должность государства" (Watts, *op. cit.* (1994), p. 53). Позднее он обосновывает особый режим, предоставляемый международным правом главе государства (в отличие от глав правительств и министров иностранных дел) в силу придания последнему лично статуса суверена или его величества (*ibid.*, pp. 102-103; эта позиция излагается в совместном особом мнении судей Хиггинса, Коойманса и Бюргентала в *Arrest Warrant case*, para. 80, и в особом несовпадающем мнении судьи аль-Хасауна, *ibid.*, para. 2). Аналогично, лорд Миллетт по делу *Пиночета (№ 3)* (иммунитетом *ratione personae* пользуется действующий глава государства "в силу его особого статуса как лица, занимающего высшую должность в своем государстве. Он рассматривается как персональное воплощение самого государства" (*ILM*, vol. 38, p. 644)). См. также Robertson, *op. cit.*, p. 402; Rémy Prouvèze, "L'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000

общая цель иммунитета состоит в сохранении стабильности международных отношений<sup>249</sup> – требование, которое является особенно настоятельным в случае главы государства с учетом его представительских функций на высоком уровне<sup>250</sup> и важности его роли во внутренней организации государства.

104. Предоставление иммунитета *ratione personae* предполагает определение того, что обвиняемый является действующим главой государства, а это, в свою очередь, требует дачи заключения по двум различным вопросам, а именно: является ли соответствующее образование суверенным государством; и занимает ли соответствующее лицо должность главы государства в структуре этого образования<sup>251</sup>. Хотя эти заключения часто делаются автономно судебной властью<sup>252</sup>, в некоторых странах (главным образом с традицией общего права) предусматривается, что исполнительная власть должна предоставить акт или предложение об иммунитете судебной власти, которые будут считаться решающим доказательством по этим вопросам<sup>253</sup>.

---

(République démocratique du Congo c. Belgique): quelle contribution de la Cour internationale de Justice au droit international pénal?", *Observateur des Nations Unies*, No. 12 (2002), pp. 296-297; и Tunks, *op. cit.*, pp. 654-657.

<sup>249</sup> Zappalà, *op. cit.*, p. 611. В материалах *по делу Хоннекера* Федеральный Верховный суд Федеративной Республики Германии указал, что иммунитет главы государства согласно международному праву "в первую очередь предоставляется во взаимных интересах государств, имеющих равные двусторонние отношения", которым "мог бы быть нанесен ущерб", если бы суду пришлось определять надлежащий форум для судебного процесса (Federal Supreme Court (Second Criminal Chamber), *Re Honecker*, case No. 2 ARs 252/84, 14 December 1984, воспроизведено в *ILR*, vol. 80, p. 366).

<sup>250</sup> В отношении акцента на представительский статус главы государства в связи с иммунитетом, которым пользуется последний согласно международному праву, см. India, Supreme Court, *Colonel H.H. Raja Sir Harinder Singh Barar Bans Ahadur v. Commissioner of Income Tax*, Judgment 15 October 1971, воспроизведено в *ILR*, vol. 64, p. 528: "В международном праве глава государства представляет государство как таковое, а не действует в качестве отдельного лица, представляющего собственные права. В этом качестве он пользуется определенными экстерриториальными привилегиями в других государствах, известных как принимающие государства, которые находятся в дружественных и мирных отношениях с представляемым им государством".

<sup>251</sup> Уоттс указывает на эти два вопроса в связи с признанием главы государства (*op. cit.* (1994), p. 33).

<sup>252</sup> Однако даже в этих случаях судебная власть, сохраняя свое дискреционное право при вынесении данного определения, может прибегать к совету правительства, особенно министерства иностранных дел (см. например, замечание Бромса в отношении финской практики в *Institut, Yearbook*, vol. 69 (2000-2001), p.vol. 475).

<sup>253</sup> См., например, раздел 21(a) Закона Соединенного Королевства об иммунитете государства 1978 года ("Акт министра или от его имени служит решающим доказательством по любому вопросу: (а) является ли какая-либо страна государством для целей части I этого закона, является ли какая-либо территория составной частью федеративного государства для этих целей или следует ли рассматривать данное лицо или лица для этих целей в качестве главы или правительства государства..."); раздел 40(1)(c) Австралийского закона об иммунитетах иностранных государств; раздел 14(1)(c) Канадского закона об иммунитете государства; раздел 18(a)

**i) Определение, является ли образование суверенным государством**

105. В большинстве случаев первый вопрос не вызывает каких-либо особых трудностей (или каких-либо споров между сторонами), и определение, что данное образование является государством, подразумевается в обосновании судебного решения. Однако следует упомянуть некоторые случаи, когда соответствующий орган правосудия должен был уделить особое внимание этому вопросу. Так, например, в 1985 году к Итальянскому кассационному суду обратились с просьбой определить, пользуется ли г-н Арафат, в отношении которого итальянские власти выдали приказ на арест, иммунитетом в своем качестве руководителя и представителя Организации освобождения Палестины (ООП)<sup>254</sup>. Суд подтвердил, что международное обычное право предоставляет иммунитет от уголовной юрисдикции и неприкосновенность только руководителям суверенных организаций, которые могут быть приравнены к государству (которое он определил как образование, осуществляющее при полной независимости эффективные правительственные полномочия над сообществом, сложившимся на территории), и что с учетом отсутствия у нее территориального суверенитета ООП не удовлетворяет этому требованию<sup>255</sup>. Суд отметил, что, как сообщил министр иностранных дел, это заключение в

---

Пакистанского декрета об иммунитете государства; раздел 18(a) Сингапурского закона об иммунитете государства; раздел 17(c) Южноафриканского закона об иммунитетах иностранных государств. Следует подчеркнуть, что эти положения обычно предназначены для применения в связи с гражданским судопроизводством: так, например, в соответствии с Законом Соединенного Королевства об иммунитете государства, акт выдается "для целей части I", которая не применяется к уголовному судопроизводству (раздел 16(4)). Однако в рассматривавшемся недавно уголовном деле Высокий суд правосудия отметил, что "было бы странно, что [такой] акт будет решающим для гражданского процессуального действия, но что такой акт не будет иметь значимости в уголовном судопроизводстве", и постановил, что даже в уголовном деле "акт министра следует рассматривать как имеющий решающее значение в определении прав на иммунитет государства" (United Kingdom, Queen's Bench Division (Division Court), *R (on the application of Diepreye Solomon Peter Alamiyeseigha) v. The Crown Prosecution Service*, Judgment of 25 November 2005, notably paras. 31-34; как будет впоследствии описано в этом тексте, Суд, однако, при выработке заключения относительно иммунитета в этом конкретном случае также принял во внимание другие относящиеся к делу факторы).

<sup>254</sup> Court of Cassation (Criminal, I), *Arafat e Salah*, Judgment of 28 June 1985, No. 1981, воспроизведено в *Rivista di diritto internazionale*, vol. LXIX, pp. 884-889. В отношении другого дела, когда в Суде рассматривались аналогичные вопросы, см. Court of Cassation, *Bacchelli v. Comune di Bologna*, Judgment of 20 February 1978, No. 804, воспроизведено в *Italian Yearbook of International Law*, vol. IV, 1978-1979 (записка Луиджи Кондорелли), pp. 137-145 (отказ в иммунитете Великому магистру Ордена Святой Марии Глориоса).

<sup>255</sup> *Ibid.*, p. 885. Международное обычное право прямо применялось Судом в соответствии с пунктом 1 статьи 10 Итальянской конституции. Суд не признал, что ООП является национально-освободительным движением, пользующимся ограниченной международной правосубъектностью (*ibid.*), но постановил, что



дальнейшем было подтверждено позицией итальянского правительства в его отношениях с ООП<sup>256</sup>. Однако суд также отметил, что признание де-юре или де-факто ООП некоторыми правительствами не имеет определяющего воздействия и не может быть достаточным, чтобы наделить эту организацию качеством государства<sup>257</sup>.

106. Совсем недавно, но до того, как Черногория стала независимым государством в 2006 году, Итальянский кассационный суд отказал президенту Черногории в иммунитете главы государства согласно международному обычному праву, считая, что указанное образование нельзя квалифицировать как суверенное государство. Суд пришел к этому заключению, изучив соответствующие конституционные нормы (Черногории и Союза Сербии и Черногории), позицию, занятую другими государствами в их отношениях с этим образованием, соглашения, заключенные последним с другими государствами, членство Черногории в международных организациях и мнение министра иностранных дел по этому вопросу<sup>258</sup>. В Соединенных Штатах, согласно прецедентному праву, судебное определение в отношении того, пользуется ли глава государства иммунитетом, основывается на признании соответствующего образования в качестве государства исполнительной властью<sup>259</sup>. В Соединенном Королевстве Высокий суд правосудия, призванный определить, пользуется ли губернатор и глава исполнительной власти штата Байелса иммунитетом в деле, связанном с уголовными обвинениями в коррупции, счел, что акт

---

международное право не налагает на Италию обязательство предоставлять иммунитет руководителю такого движения и что итальянское законодательство не предоставило такой иммунитет руководителю ООП за рамками положений международного права (*ibid.*, pp. 887-888).

<sup>256</sup> *Ibid.*, pp. 886-887.

<sup>257</sup> *Ibid.*, p. 887.

<sup>258</sup> Court of Cassation (Third Criminal Section), *Public Prosecutor (Tribunal of Naples) v. Milo Djukanovich*, No. 49666, Judgment of 28 December 2004, notably paras. 16 and 35.

<sup>259</sup> Это выясняется из изложения мотивов Апелляционного суда (Вторая выездная сессия) по делу *Кадич против Караджича* (70 F.3d 232) против руководителя Республики Сербской. Хотя основной довод Караджича в этом случае состоял в том, что "его статус как приглашенного лица Организации Объединенных Наций во время посещения им Соединенных Штатов защищал его от процесса извещения" либо в соответствии с Соглашением о месторасположении Центральных учреждений, либо в соответствии с федеральным общим правом (утверждение, которое было отклонено; *ibid.*, pp. 246-247), Суд попутно сделал ссылки на вопрос об иммунитете главы государства. Суд отметил, например, что обретение государственности в международном праве не требует признания другими государствами, "признанные государства пользуются определенными привилегиями и иммунитетами, имеющими отношение к судебному процессу", включая иммунитет главы государства (*ibid.*, p. 244). Он также счел, что было бы абсолютно нецелесообразно для него предоставлять Караджичу иммунитет главы государства исходя из предположения о признании в будущем Республики Сербской правительством Соединенных Штатов (*ibid.*, p. 248).

британского министра, подтверждающий, что "штат Байелса является составной частью Федеративной Республики Нигерии" и что данное лицо "не следует рассматривать... в качестве главы государства Федеративной Республики Нигерии", был "решающим доказательством" для целей отказа в таком иммунитете. Однако Суд принял во внимание отсутствие правоспособности у штата Байелса вступать в международные отношения и "другие возможные релевантные факторы", например функции, возложенные на входящий в состав государства штат, а также мнение федеральной судебной власти<sup>260</sup>.

**ii) Определение, занимает ли лицо должность главы государства**

107. Вторым вопросом – является ли лицо главой государства – усложняется тем, что международное право не определяет ни понятие "глава государства", ни порядок обретения этого качества или (за небольшими исключениями) обычно присущие ему функции<sup>261</sup>. Поэтому следует сделать ссылку на внутреннюю организацию каждого государства, которая может значительно различаться<sup>262</sup>. Это может подразумевать изучение как внутригосударственного законодательства, так и практики<sup>263</sup>. *Институт*

---

<sup>260</sup> United Kingdom, *R (on the application of Diepneye Solomon Peter Alamiyeseigha v. The Crown Prosecution Service*, notably paras. 37-48.

<sup>261</sup> См. Verhoeven, "Rapport provisoire", в *Institut, Yearbook*, vol. 69 (2000-2001) pp. 497-498. Он отмечает, что понятие "глава государства", "просто означает лицо, которое в государстве ставится во главе его основного аппарата" (*ibid.*, p. 497; см. также Alain Fenet, "La responsabilité pénale internationale du chef d'Etat", *Revue générale de Droit*, vol. 32 (2002), p. 597). Верхувен также отмечает, что статья 7 Венской конвенции о праве международных договоров содержит, вероятно, неопровержимую презумпцию, что глава государства (вместе с главой правительства и министром иностранных дел) представляет государство с целью совершения всех действий, связанных с заключением договора. Как подробнее описывается ниже, это положение также использовалось Международным Судом при его рассмотрении функций, обычно осуществляемых министром иностранных дел (см. *Arrest Warrant*, para. 53).

<sup>262</sup> Конкретно, в некоторых странах глава государства может иметь важные институциональные функции как глава исполнительной власти или же его должность может быть скорее символической. Как отметил Верхувен ("Rapport provisoire", *op.cit.*, p. 498), учитывая современную тенденцию обосновывать иммунитет *ratione personae* необходимостью обеспечения эффективного выполнения официальных функций, можно было бы ожидать, что такой иммунитет не будет предоставляться главе государства, который выполняет только ограниченные формальные или протокольные функции, но это не подтверждается практикой. Это можно рассматривать как свидетельство постоянной значимости других соображений в признании иммунитета главы государства.

<sup>263</sup> В связи с этим можно провести параллель с вопросом о значимости внутреннего права в определении статуса государственного органа для целей присвоения международно-противоправного деяния. Как отметила Комиссия в пункте (11) своего комментария к статье 4 статей об ответственности государства, "[в] тех случаях, когда какое-либо образование классифицируется как орган согласно внутригосударственному праву, никаких

счел, что определение этого, особенно органами правосудия, влечет за собой вопросы, касающиеся правил относительно применимого в соответствии с внутригосударственным правом доказательства, и поэтому решил воздержаться от дальнейшего рассмотрения этого вопроса<sup>264</sup>. В статье 6 резолюции, которая была принята на Ванкуверской сессии, просто подчеркивается, что национальные власти должны предоставить иммунитет от юрисдикции главе иностранного государства, "как только этот статус становится известным им"<sup>265</sup>.

108. Изучение прецедентного права показывает, что некоторые органы правосудия определяли статус рассматриваемого лица как главы государства со ссылкой на функции, которые тот осуществляет во внутренней структуре государства (в свете как законодательства, так и практики) и в международных отношениях этого государства<sup>266</sup>. Другими словами, ссылаясь на внутригосударственное право, эти органы правосудия считали, что эффективное осуществление полномочий было решающим фактором. Так, например, по делу *Хоннекера* Германский федеральный верховный суд рассмотрел вопрос о том, можно ли считать обвиняемого, бывшего Председателем Государственного Совета Германской Демократической Республики, главой государства этой страны на основании его функций согласно Конституции, а также практики правительства Федеративной Республики Германии в ее двусторонних отношениях с этой страной<sup>267</sup>. Французский апелляционный суд по делу *Кададафи* отметил, что обвиняемый, являясь председателем

---

трудностей не возникает. Вместе с тем ссылка на внутригосударственное право при определении статуса тех или иных органов как органов государства является недостаточной. В некоторых системах статус и функции различных образований определяются не только законом, но и практикой, и ссылка лишь на внутригосударственное право может ввести в заблуждение" (*Ежегодник...*, 2001 год, том II (часть вторая)).

<sup>264</sup> Вопрос был поставлен в пункте 2 вопросника, распространенного Докладчиком (см. Institut, *Yearbook*, vol. 69 (2000-2001), p. 452), и, по общему мнению комиссии, которая исследовала эту тему, для нее было бы нецелесообразно изучать этот вопрос (*ibid.*, p. 485).

<sup>265</sup> Статья 6 резолюции *Института*. Предварительный проект, предложенный Докладчиком, был иным: "Глава государства может пользоваться... юрисдикционным (судебно-процессуальным) иммунитетом... с момента, когда он проинформировал об этом представителей судебных органов" (*ibid.*, pp. 552-553).

<sup>266</sup> Верховен отмечает, что судебное определение качества главы государства в странах гражданского права наиболее часто выносится органами правосудия, которые традиционно не обязаны запрашивать мнение исполнительной власти или следовать ему, а на органах правосудия в странах общего права лежит такая обязанность, и они придерживаются позиции, высказанной министром иностранных дел или государственным департаментом ("*Rapport provisoire*", *ibid.*, pp. 500-501; см. также p. 496). О прецедентном праве в Соединенных Штатах см. далее в тексте.

<sup>267</sup> Federal Supreme Court (Second Criminal Chamber), *Re Honecker*, Case No. 2 ARs 252/84, 14 December 1984, воспроизведено в *ILR*, vol. 80, pp. 365-366.

Совета Революционного командования, был наивысшей властью в Ливийской Арабской Джамахирии согласно Конституционной декларации, и что он также участвовал в этом качестве в международных конференциях (например, совещания глав арабских и африканских государств) и принимал представителей иностранных государств и верительные грамоты их послов<sup>268</sup>. В Соединенных Штатах, напротив, некоторые суды считали себя связанными определением, вынесенным исполнительной властью как посредством своей практики признания правительств иностранных государств, так и в своих предложениях об иммунитете, представленных в судебных делах против глав государств: этого определения придерживались даже в тех случаях, когда оно не соответствовало эффективному осуществлению официальных функций во время процессуальных действий. Так, например, Окружной суд по делу "*Лафонтан против Аристиды*" заявил, что "иммунитет распространяется только на лицо, которое правительство Соединенных Штатов признает в качестве официального главы государства", и что, поскольку определение в отношении того, кто квалифицируется как глава государства, выносится исполнительной властью, этот вопрос не является тем вопросом, который должен решаться в судах"<sup>269</sup>. Суд отметил, что "правительство Соединенных Штатов последовательно признавало Жана-Бертрана Аристиду нынешним законным главой государства Республики Гаити", даже после его изгнания после военного переворота, а также установил, что представленное Государственным департаментом предложение об иммунитете в этом случае было "регулирующим в отношении президента Аристиды", который поэтому пользовался иммунитетом<sup>270</sup>. Другой Окружной суд применил ту же доктрину, чтобы отказать в иммунитете внуку правителя Абу-Даби и первенцу наследного принца Абу-Даби, отметив, что глава исполнительной власти не

---

<sup>268</sup> Court of Appeal of Paris (Chambre d'accusation), *Affaire Kadhafi*, Judgment of 20 October 2000 (Английская версия в *ILR*, vol. 125, p. 495). Поэтому полковнику Каддафи был предоставлен иммунитет как де-факто главе государства Ливии исходя из осуществления им полномочий, присущих главе государства (см. Zappalà, *op. cit.*, pp. 596-597).

<sup>269</sup> *Lafontant v. Aristide*, pp. 132-133 (следует отметить, что это был гражданский иск, возбужденный исключительно в соответствии с Законом о деликтных исках иностранцев и Законом о защите жертв пыток).

<sup>270</sup> *Ibid.*, pp. 130 и 139, соответственно. Следует отметить, что этот суд также сделал логическое заключение из этого положения при рассмотрении вопроса, отказалось ли Гаити от иммунитета Аристиды, заявив, что "поскольку Соединенные Штаты не признают фактическое правительство [Гаити], это правительство неправомочно отказываться от иммунитета президента Аристиды" (*ibid.*, p. 134).

вынес определения относительно статуса ответчика как главы государства и не представил предложения об иммунитете<sup>271</sup>.

### iii) Роль признания государств и правительств

109. Все эти соображения поднимают смежный вопрос о роли признания государств и правительств при предоставлении иммунитета *ratione personae*<sup>272</sup>. Как видно из предыдущих пунктов, в судебной практике некоторых государствах (особенно в Соединенных Штатах или Соединенном Королевстве) вопрос о признании считают непригодным для рассмотрения и подчиняются определениям, вынесенным исполнительной властью, а поэтому признание играет решающую роль в предоставлении иммунитета<sup>273</sup>. В других странах органы правосудия считают это определение

---

<sup>271</sup> District Court District of Columbia, *Jungquist v. Sheikh Sultan Bin Khalifa al Nahyan*, 940 F Supp. 312 (1996), воспроизведено в *ILR*, vol. 113, p. 531 (по ходатайству отклонить гражданский иск из-за некомпетентности).

<sup>272</sup> О роли признания в отношении иммунитета *ratione materiae*, в связи с которой встают идентичные вопросы, см. пункт 2 с) раздела В, *infra*.

<sup>273</sup> Как видно из вышеприведенного описания, органы правосудия в Соединенных Штатах обычно считают представляемые Государственным департаментом предложения об иммунитете регулируемыми этот вопрос, но их решения однозначно относительно решающей роли, которую играет признание в предоставлении иммунитета. См. например, *Flatow v. Islamic Republic of Iran*, p. 24 ("Только лица, которых Соединенные Штаты признают в качестве законных глав государств, обладают правом" на иммунитет главы государства) или United States, *Jungquist v. Sheikh Sultan Al Nahyan*, *ILR*, vol. 113, p. 531 ("Иммунитет главы государства... распространяется только на лицо, которое правительство Соединенных Штатов признает в качестве официального главы государства. Признание правительства и его должностных лиц – исключительная функция исполнительной власти, с которой суды должны считаться" (ссылка на дело *Lafontant v. Aristide*, p. 131-134)). В Соединенном Королевстве органы правосудия четко подтвердили свое уважение к определениям, выносимым исполнительной властью (см. например, House of Lords, *Government of the Republic of Spain v. SS "Arantzazu Mendi"*, 1939, AC 256, p. 264: "Наше государство не может говорить двумя голосами [по вопросу о признании правительства иностранного государства], когда судебная власть заявляет одно, а исполнительная – другое. ...Наш суверен должен решить, кого он признает в качестве коллеги – суверена в семье государств; и отношения этого иностранного государства с нашим в вопросе иммунитетов государства должны вытекать только из этого решения"). Британские суды, однако, при вынесении своего определения относительно иммунитетов также учитывают другие факторы (включая полномочия, осуществляемые этим лицом, или внутреннюю структуру соответствующего иностранного государства) (см. *R (on the application of Diepneye Solomon Peter Alamieyeseigha v. The Crown Prosecution Service)*, решение, упомянутое выше). По делу *Пиночета (№ 1)*, где министр не представлял акт об иммунитете, лорд Слинн Хедли счел, что, хотя генерал Пиночет не был назначен путем, признанным Конституцией Чили, он действовал как глава государства, о чем, в частности, свидетельствует тот факт, что он подписал верительные грамоты, врученные чилийским послом Королеве в Соединенном Королевстве (*Pinochet (No. 1)*, p. 1305; другие судебные лорды в этом случае ограничились презумпцией, что он был главой государства Чили в соответствующий период; судебные лорды по делу

фактическим вопросом в контексте судебного дела, который они решают на основе самостоятельного изучения соответствующих внутригосударственных норм, а также национальной и международной практики; в связи с этим признание соответствующего государства или правительства (в частности, правительством страны, где находится эта судебная инстанция) является всего лишь одним элементом (хотя и имеющим определенный вес) среди прочих, принимаемых во внимание при вынесении определения<sup>274</sup>. С точки зрения международного права, однако, остается вопрос о том, зависит ли лежащая на государстве обязанность предоставлять иммунитет главе иностранного государства от признания соответствующего государства или правительства<sup>275</sup>. Этот вопрос был поднят на сессии *Института международного права*<sup>276</sup>

---

*Пиночета* (№ 3) не рассматривали этот вопрос далее). Как отметил Мишель Коснар, позиция лорда Слинна Хедли подразумевала, что эффективного осуществления полномочий и признания де-факто генерала Пиночета главой государства Чили было достаточно, чтобы рассматривать его *prima facie* как лицо, обладающее иммунитетом, независимо от каких бы то ни было соображений относительно законности прихода к власти (Cosnard, *op. cit.* (1999), p. 313). Следует подчеркнуть, что Соединенное Королевство – одно из тех государств, которые отказались от практики признания правительств иностранных государств (см. следующую сноску).

<sup>274</sup> Признание, которое имеет отношение к делу в контексте такого фактического определения, может быть либо выражено прямо, либо подразумеваться. Из вышеописанных случаев явствует, что органы правосудия часто придают особый вес практике своего правительства в его отношениях с соответствующим образованием (например, итальянского правительства в его отношениях с ООП в деле *Арафата* или с Черногорией до 2006 года в деле *Джукановича*) и/или с лицом как главой иностранного государства (например, правительства Федеративной Республики Германии в его отношениях с Хоннекером как главой государства Германской Демократической Республики). В отношении прямого признания Итальянский кассационный суд ясно заявил, что, по его мнению, признание (даже итальянским правительством) не является необходимым условием для того, чтобы какое-либо образование считалось суверенным государством с целью обретения иммунитета, но принял во внимание мнение итальянского министерства иностранных дел о международной правосубъектности Черногории (*Public Prosecutor (Tribunal of Naples) v. Milo Djukanovic*, para. 13). Необходимо отметить, что ряд государств (например, Франция, Бельгия, Соединенное Королевство и т. д.) следуют практике официального признания новых государств, но не новых правительств, и поэтому судебные власти не могут полагаться на прямое признание для целей определения качества главы государства.

<sup>275</sup> Некоторые авторы дают на этот вопрос положительный ответ, который они пытаются обосновать обеспеченными защитой интересами; см. Watts, *op.cit.* (1994), p. 34; Zappalà, *op.cit.*, pp. 599-600 ("существует нечто вроде презумпции, согласно которой другие государства должны принимать [главу государства] как визави во внешних сношениях... Признание, даже в косвенной форме, выполняет те же функции, что и прием верительных грамот для дипломатических агентов"); Tunks, *op.cit.*, p. 672 ("Когда два правительства прекращают признавать друг друга, нет больше необходимости способствовать развитию двусторонних дипломатических отношений между ними, потому что эти отношения уже полностью разорваны. И точно так же нет необходимости в том, чтобы правительство принимало меры, направленные на содействие суверенному равенству образования, которое оно даже не признает как суверенное государство, позволяя его руководителю

в Ванкувере, и он вызвал весьма интересные дебаты. Несколько членов отметили важность признания при предоставлении иммунитета, а некоторые даже сочли признание неизменным условием для предоставления последнего<sup>277</sup>. Однако в окончательной резолюции, принятой *Институтом*, рассмотрение этого вопроса ограничивается защитительной оговоркой, согласно которой эта резолюция "не предопределяет воздействия признания или непризнания иностранного государства или правительства на применение ее положений"<sup>278</sup>. Комментируя эту статью, Докладчик выразил серьезные сомнения относительно того, что отсутствие признания иностранного государства или правительства освобождает государство от его обязательств по международному праву<sup>279</sup>.

---

избежать ответственности за частные противоправные деяния и международные преступления. При отсутствии фактических дипломатических отношений между Соединенными Штатами и иностранным руководителем цели обеспечения иммунитета главы государства не могут считаться достаточно убедительными, чтобы перевесить интересы правосудия"). В отношении противоположной точки зрения, согласно которой обязанность предоставлять иммунитет в соответствии с международным правом не зависит от признания, см. позицию Докладчика Верховена в *Institut*, как описано далее.

<sup>276</sup> См. пункт 2 вопросника, распространенного Докладчиком (см. *Institut*, *Yearbook*, vol. 69 (2000-2001), p. 452).

<sup>277</sup> В ходе предварительных дебатов на 13-й сессии Комиссии Салмон подчеркнул, что государство может счесть неподходящим сотрудничать с самозванным президентом и в связи с иммунитетом поднял вопрос о возможности быть противопоставленным государству с новым правительством (*ibid.*, p. 456). Фокс и Сучариткул отметили, что признание может быть важным элементом в определении применимого закона на внутригосударственном уровне (*ibid.*, pp. 459 и 470, соответственно). Томусчат отметил, что "многие страны ставят уважение суверенитета иностранного государства в зависимость от официального признания соответствующего государства или правительства. Международное уважение и солидарность, конечно, не полагаются правительству, с которым дипломатические отношения либо не были установлены, либо были разорваны", а "нарушения, связанные с приходом к власти соответствующего лица, заслуживают тщательного изучения" (*ibid.*, p. 477). Резюме дебатов Комиссии, подготовленное Докладчиком, см. *ibid.*, pp. 484-485. Впоследствии в Комиссии Салмон указал, что "[...] признание статуса главы государства, (статуса) его государства, то есть (статуса) правительства, главой которого он действительно является, конечно, предвещает любое предоставление привилегий и иммунитетов лицу, которое намеревается представлять это государство или это правительство" (*ibid.*, p. 555). Фокс прокомментировал, что «современная практика, учитывающая легитимность нового должностного лица и соответствие требованиям "благого управления", позволяет предположить, что признание играет более значительную роль, чем та, которую отвел ему [Докладчик]» (*ibid.*, p. 579).

<sup>278</sup> Статья 12. Это положение было включено в заключительный доклад Докладчика в соответствии с рекомендациям Фокса и Салмона (см. *ibid.*, p. 594).

<sup>279</sup> *Ibid.*, p. 594 ("Это касается как действий, которые международное право связывало бы с этим (не) признанием, так и того, что могло бы быть предоставлено ему международным законодательством. В связи с этим предлагались различные действия. Комиссия не собиралась их обсуждать. Это указывает на то, что докладчик в сущности серьезно сомневается в том, что такое (не) признание могло бы когда-нибудь освободить

Было также отмечено, что это положение, вероятно, открыло "непреднамеренную лазейку", поскольку кажется возможным, что "государство, отказывая лицу или правительству в признании его в качестве, соответственно, главы или правительства государства может лишиться эту резолюцию цели"<sup>280</sup>.

**iv) Отсутствие зависимости от пребывания в государстве, где находится суд**

110. Иммуниет *ratione personae* от иностранной уголовной юрисдикции предоставляется действующему главе государства независимо от его пребывания на территории государства, где находится суд<sup>281</sup>, или, в случае его пребывания, независимо от

---

государство от уважения обязательств, которые ему предписывает международное право как по этому, так и по другому вопросу."). В своем предварительном докладе Докладчик изложил свое мнение о влиянии, которое могут оказать нарушения в обретении власти на предоставление иммунитета:

«не кажется, что статус главы государства мог бы быть оспорен в международном масштабе по той лишь причине, что он приобретает в различное время (на нерегулярной основе). Конечно, хочется пожелать, чтобы факты нарушения права, если таковые будут иметь место, были бы должным образом санкционированы. Тем не менее трудно этим удовлетвориться, чтобы отказать руководящим структурам, которые действительно осуществляют власть в стране, в любом международном представительстве. Можно считать уместным лишение их любого иммунитета на период совершения ими властных действий или допуска к этим действиям в условиях, несовместимых с требованиями "хорошего" правительства, то есть то, что международной практикой, кажется, не подтверждается. Это доказывает, что одна из санкций может или могла бы быть отказом предоставления главе государства какого бы то ни было привилегированного статуса. Из этого не следует, что главой государства не мог бы быть тот, кто по существу выполняет в нем эти функции, за исключением случая их совмещения. Тем более речь идет об одном и том же, когда проявления "незаконности", как следствие незнания конституционных положений, не сопровождаются нарушением норм международного права или не являются составной частью такого нарушения. Не ясно, каким был бы в данной гипотезе термин, которым могли бы пользоваться другие государства для определения нарушения иностранного государственного права». (*Ibid.*, pp. 499-500).

<sup>280</sup> Fox, "Resolution of the Institute of International Law", *op.cit.*, p. 123.

<sup>281</sup> Так, например, в описанных выше делах против Хоннекера в Германском федеральном верховном суде и полковника Каддафи во Французском кассационном суде иммунитет был предоставлен без какого-либо рассмотрения вопроса о присутствии указанных лиц на территории государства (ни один из двух глав государств не пребывал в государстве, где находится суд). В отношении иммунитета глав государств от судебного иска Уоттс отмечает, что "наблюдается слабая тенденция пытаться обосновать различия в режиме", в частности, отсутствием главы государства в государстве, где находится суд, или его присутствием в нем инкогнито, и что для практических целей эти две ситуации можно рассматривать вместе (Watts, *op. cit.* (1994), p. 52).



обстоятельств характера его визита (официальный, частный или инкогнито)<sup>282</sup>. Это может быть обосновано согласно традиционному обоснованию иммунитета (осуществление юрисдикции, даже заочно, являющееся утверждением власти в отношении иностранного суверена), но обоснованием может также служить необходимость обеспечения эффективного выполнения главой государства своих функций, на которую часто ссылаются сегодня как на стимулирующую предоставление этого иммунитета, поскольку осуществление юрисдикции в отношении главы государства, когда он пребывает с официальным визитом в государстве, где находится суд, является прямым препятствием к выполнению его официальных функций в связи с этим визитом<sup>283</sup>. Однако, независимо от местонахождения главы государства или условий его визита, сам риск подвергнуться аресту и предстать перед судом также препятствует его способности выполнять свои представительские функции в целом и поддерживать международные связи государства, поскольку это ограничивает его возможности для совершения поездок<sup>284</sup>. Надо признать,

---

<sup>282</sup> См. *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police, RSDIE*, 1991, р. 535 (иммунитет согласно международному обычному праву "также предоставляется главе государства, посещающему иностранное государство в личном качестве" (английская версия в *ILR*, vol. 192, р. 201), – дело касалось, однако, бывшего главы государства); *Tatchell v. Mugabe* (Старший окружной судья предоставил г-ну Мугабе иммунитет главы государства, не придав значения обстоятельствам его пребывания в Соединенном Королевстве). Отметив, что в международном праве статус главы государства во время частного визита за границу "в лучшем случае неопределен", Уоттс, по-видимому, не видит никакой разницы в отношении иммунитета главы государства (не говоря уже об иммунитете от иностранной уголовной юрисдикции) между случаем, когда глава государства находится с частным визитом, и случаем, когда он отсутствует в государстве, где находится суд (*ibid.*, pp. 72-74).

В случае визита инкогнито встает особая проблема, состоящая в том, что власти государства, где находится суд, могут быть не осведомлены о статусе главы государства. Данная проблема решается статьей 6 резолюции *Института*, в которой предусматривается, что власти обязаны обеспечить главе иностранного государства, среди прочего, неприкосновенность и иммунитет от юрисдикции "как только им станет известен этот статус". В отношении применения этого принципа см. *Mighell v. The Sultan of Johore* (Султану был предоставлен иммунитет как главе государства в связи с иском, как только он известил о своей подлинной личности), приводится Уоттсом, *op. cit.*, р.75.

<sup>283</sup> См. например, *Watts, op. cit.*, р. 53.

<sup>284</sup> См. например, *Verhoeven*, который утверждает, что предоставление иммунитета главе государства, независимо от обстоятельств его визита на территорию государства, где находится суд, происходит в соответствии с функциональным обоснованием его статуса", и поясняет далее, что «с момента, когда выполнение своих (международных) функций может быть скомпрометировано вмешательством судебных властей, становится непонятным, почему надо использовать те же иммунитеты только в случае проведения "официального" визита» ("Rapport provisoir" в *Institut, Yearbook*, vol. 69 (2000-2001), р. 535). Далее он добавляет: «Следовательно, нет оснований ограничивать иммунитеты, имеющиеся у главы иностранного

что глава государства, посещающий с официальным визитом другие государства, пользуется рядом льгот и привилегий, которые не положены ему во время частного визита<sup>285</sup>; однако иммунитет *ratione personae* от иностранной уголовной юрисдикции должен предоставляться в любом случае<sup>286</sup>.

**v) Глава государства со специальной миссией**

111. В отношении положения главы государства, возглавляющего специальную миссию, имеется конкретная ссылка в Конвенции о специальных миссиях от 8 декабря 1969 года, в которой в пункте 1 статьи 21 предусматривается следующее:

"Глава посылающего государства, возглавляющий специальную миссию, пользуется в принимающем государстве или в третьем государстве преимуществами, привилегиями и иммунитетами, которые признаются международным правом за главами государств, посещающими другое государство с официальным визитом".

В своем комментарии к соответствующему проекту статьи Комиссия пояснила, что она рассматривала возможность включения в проект конвенции специальных положений, касающихся "специальных миссий высокого уровня", но после тщательного изучения вопроса пришла к заключению, что ранг главы или членов специальной миссии не придает ей какого-либо особого статуса<sup>287</sup>. Комиссия, однако, отметила, что "в международном

---

государства, когда он не совершает "официальный" визит, даже если понятно, что некоторые строго протокольные мероприятия не могли бы быть применимы при подобном положении дел» (*ibid.*, p. 536). См. также: Watts, *op. cit.* (1994), p. 73 ("общепредставительский характер главы государства означает, что он в некоторой степени все время представляет свое государство ... даже когда он находится за границей с частным визитом, дела государства могут потребовать немедленного и свободного доступа к нему со стороны органов власти его собственного государства"); Zappalà, *op.cit.*, p. 598 (иммунитет *ratione personae* во время официальной миссии гарантирует сферу охвата миссии и выполнение конкретных задач, сопряженных с нею, тогда как во время частного визита такой иммунитет предоставляется, чтобы защитить общие интересы представляемого государства).

<sup>285</sup> Однако, как отметил Уоттс, даже в случае частного визита "можно ожидать, что посещаемое государство окажет посещающему главе государства протокольную вежливость и примет специальные меры защиты, а договоренности – или даже соглашение об этом – могут быть достигнуты по дипломатическим каналам"(Watts, *op.cit.* (1994), p. 73).

<sup>286</sup> Обсуждение вопроса о том, следует ли отменить предполагаемое исключение из иммунитета *ratione personae* в случае уголовного преследования в связи с международными преступлениями (а иммунитет сохранить), когда глава государства пребывает с официальным визитом, см. в разделе А.3, ниже.

<sup>287</sup> Пункт 1) комментария к проекту статьи 21 в *Yearbook of the International Law Commission*, 1967, vol. II, p. 359. На своей шестнадцатой сессии Комиссия приняла решение просить Специального докладчика

праве ...ранг может предоставить обладающему им лицу исключительные преимущества, привилегии и иммунитеты, которые он сохраняет, став членом специальной миссии"<sup>288</sup>. Следовательно, это положение имело целью четко обозначить, что, когда глава посылающего государства возглавляет специальную миссию, он пользуется всеми преимуществами, привилегиями и иммунитетами, признаваемые за ним международным правом во время официального визита, в дополнение к тем, которые предоставляются ему согласно другим статьям проекта (включая иммунитет от уголовной юрисдикции)<sup>289</sup>. Однако эти дополнительные преимущества, привилегии и иммунитеты не определяются Комиссией ни в Конвенции, ни в комментарии. В некоторых случаях глава государства, находящийся с официальным визитом, может также пользоваться привилегиями и иммунитетами в соответствии со специальными нормами международного права (включая нормы обычного права), такими как те, что применяются к представителям государств, которые присутствуют на международных конференциях или ведут официальные дела в штаб-квартире международной организации: прецедентное право демонстрирует, что при таких обстоятельствах национальные органы правосудия принимают во внимание эти привилегии и иммунитеты в дополнение к предоставляемым главе государства в соответствии с общим международным правом и применимыми внутригосударственными нормами<sup>290</sup>.

---

представить статьи, касающиеся правового статуса так называемых миссий высокого уровня. Во втором докладе Специальный докладчик Милан Бартош информировал Комиссию о том, что ему не удалось обнаружить какие-либо специальные нормы, применимые к таким миссиям, на практике или в литературе. Он предложил набор норм, которые включали конкретные ссылки на "полный иммунитет" глав государств, глав правительств, министров иностранных дел и членов кабинета, возглавляющих специальную миссию, от юрисдикции (см. *Yearbook...*, 1965, vol. II, pp. 143-144). У государств были запрошены замечания, и исходя из этих замечаний Специальный докладчик сделал вывод о том, что государства не одобрили включение таких положений в проект (см. Третий доклад Специального докладчика Милана Бартоша, A/CN.4/189 и Add.1 и 2, в *Yearbook...*, 1966, vol. II, paras. 271-286).

<sup>288</sup> *Yearbook...*, 1967, vol. II, p. 359 (пункт 1) комментария к проекту статьи 21).

<sup>289</sup> *Ibid.* (пункт 2) комментария к проекту статьи 21). Согласно Конвенции, представители посылающего государства в специальной миссии пользуются, среди прочего, иммунитетом от уголовной юрисдикции принимающего государства (статья 31, которая основывается на статье 31 Венской конвенции о дипломатических сношениях (см. комментарий Комиссии к соответствующему проекту статьи в *Yearbook...*, 1967, vol. II, p. 362).

<sup>290</sup> Например, в деле "Тачиона против Мугабе" Государственный департамент представил предложение об иммунитете в интересах, в частности, президента Мугабе, ссылаясь как на иммунитет главы государства, так и на дипломатический иммунитет согласно разделу 11 статьи IV Конвенции о привилегиях и иммунитетах Организации Объединенных Наций и статье 31 Венской конвенции о дипломатических сношениях, с учетом

## vi) Глава государства в изгнании

112. Государственная практика показывает, что главам государств в изгнании предоставляется иммунитет *ratione personae* в стране, где они нашли убежище. Так, например, британские органы правосудия признали, на основе общего права и международного обычного права, полный иммунитет за иностранными главами государств (например, президент Польши или король Норвегии), проживавшими в Лондоне во время оккупации их стран в ходе Второй мировой войны<sup>291</sup>. В последнее время, как описано выше, президенту Аристиду был предоставлен иммунитет в связи с гражданским иском, возбужденным против него, когда он проживал в Соединенных Штатах после государственного переворота, в результате которого он был свергнут в Гаити<sup>292</sup>. Иммунитет *ratione personae* главы государства в изгнании также признается в юридической литературе<sup>293</sup>.

---

того, что последний находился в Соединенных Штатах как представитель правительства Зимбабве на Саммите тысячелетия Организации Объединенных Наций, когда ему вручили документ о судебном разбирательстве (*Tachiona v. Mugabe*, pp. 267-268). Рассмотрев право г-на Мугабе на иммунитет главы государства и признав его (сочтя, что предложение об иммунитете было регулирующим по этому вопросу), Суд перешел к вопросу о дипломатическом иммунитете г-на Мугабе, как его аргументированно изложил Государственный департамент, и также признал иммунитет г-на Мугабе на этом основании (*ibid.*, pp. 297-302). См. также *United States, Kadic v. Karadzic*, pp. 246-248 (где Суд, отклонив притязание Караджича на иммунитет с учетом его статуса приглашенного Организацией Объединенных Наций лица в соответствии как с Соглашением о месторасположении Централных учреждений, так и федеральным общим правом, исключил также возможность предоставления ему иммунитета главы государства).

<sup>291</sup> См., например, François de Kerchove d'Exaendre, "Quelques questions en droit international public relatives à la présence et à l'activité du Gouvernement belge en exil à Londres (October 1940-Septembre 1944)", *Revue belge de droit international*, vol. 23 (1990), p. 123. Согласно Закону о расширении дипломатических привилегий от 6 марта 1941 года дипломатические привилегии были распространены на членов правительств в изгнании, но не были применены к главам государств, которые попадали под действие норм общего права (текст этого Закона см. *ibid.*, Annex I, pp. 144-145).

<sup>292</sup> См. *Lafontant v. Aristide*; как отмечалось выше в тексте, орган правосудия предоставил иммунитет на основе предложения об иммунитете, внесенного Государственным департаментом по этому делу, и с учетом признания Аристидом правительством Соединенных Штатов даже после переворота в качестве законного главы государства Гаити.

<sup>293</sup> Stefan Talmon, *Recognition of Governments in International Law: With Particular Reference to Governments in Exile* (Oxford: Clarendon Press, Oxford, 1998), pp. 259-261; Philippe Cahier, *Le droit diplomatique contemporain* (Paris: Droz, 1962), p. 343; Verhoeven, "Rapport provisoire" в *Institut, Yearbook*, vol. 69 (2000-2001), pp. 542-543; и Watts, *op.cit.* (1994), pp. 85-86.

113. Определение этого статуса, однако, представляет некоторые трудности. В теоретическом плане эта категория четко определена и включает тех глав государств, которые были вынуждены покинуть свою страну либо вследствие военной оккупации, либо внутренних беспорядков, либо переворота, но по-прежнему рассматриваются как занимающие этот пост. Тем не менее возникает вопрос, следует ли изгнание оценивать как утрату должности – в таком случае лицо будет пользоваться только иммунитетом *ratione materiae*, присущим бывшим главам государств<sup>294</sup>. Поэтому авторы сделали упор на временный характер изгнания, который, как говорят, показывает, прекратило ли лицо занимать должность главы государства, но даже это определение подлежит толкованию с учетом обстоятельств в каждом конкретном случае<sup>295</sup>. По этой причине признание (либо официальное, либо подразумеваемое) исполнительной властью государства, где находится суд, что определенное лицо по-прежнему считается главой иностранного государства, видимо, играет особо решающую роль<sup>296</sup>. Однако было отмечено, что такое определение, на принятие которого могут оказать влияние политические мотивы, будет обязательным только для сформулировавших его органов власти. Согласно этой точке зрения, предоставление иммунитета иностранному главе государства в изгнании национальными властями должно истолковываться как "режим по существу двустороннего характера, аналогичный статусу вежливости, не являющийся, в принципе, обязательным для третьих государств", и, как следствие, должно отличаться от режима, предоставляемого в

---

<sup>294</sup> Verhoeven, "Rapport provisoire" в *Institut, Yearbook*, vol. 69 (2000-2001), p. 542. См. также Watts, *op. cit.* (1995), p. 87. Уотс называет еще одну категорию лиц – категорию "претендентов", образованную потомками бывшего монарха, которые никогда не имели власти, но продолжают предъявлять претензии на трон. Он указывает, что эти лица не имеют права на какое-либо особое обращение согласно международному праву и должны рассматриваться как частные лица (*ibid.*, p. 87).

<sup>295</sup> См., в частности, Verhoeven, "Rapport provisoire", *ibid.*, pp. 542-543; и Watts, *op. cit.* (1994), pp. 85-87. Во время прений на 13-й сессии Комиссии *Института* Салмон отметил, что «характер этого статуса не обязательно "временный". Когда его предоставление основано на международных нелегитимных действиях (например, незаконная оккупация), будет вполне оправдано, что длительность его действия будет такой же, что и продолжительность незаконной ситуации, которая его подтверждает. Что касается законности власти, которая вынудила главу государства уехать в изгнание, то в случае предоставления статуса на основе идеологических соображений следует сказать, что статус будет длиться до тех пор, пока государство, предоставившее убежище, будет настаивать на своем непризнании нового режима» (*ibid.*, p. 577).

<sup>296</sup> См., в частности, Verhoeven, "Rapport provisoire", *ibid.*, pp. 542-543, а также выступление Салмона, p. 577. См. также Watts, *op. cit.* (1994), pp. 85-87.

соответствии с общими нормами международного права главе государства, который эффективно осуществляет свои полномочия<sup>297</sup>.

#### vii) Члены семьи и сопровождающие лица

114. Предоставление иммунитета *ratione personae* по международному праву членам семьи главы государства и сопровождающим его лицам остается неопределенным вопросом<sup>298</sup>. Этот иммунитет признается в тех национальных законах, которые содержат прямые ссылки на иммунитет главы государства, хотя дают разные определения лиц, пользующихся иммунитетом: в разделе 20 (1) Британского закона об иммунитете государства предусматривается, что иммунитет предоставляется "членам семьи [главы государства], проживающим вместе с ним" и его "домашним работникам"; раздел 36 (1) Австралийского закона об иммунитетах иностранных государств ограничивает такой иммунитет "супругой главы иностранного государства"<sup>299</sup>. Национальное прецедентное право (главным образом в гражданском производстве<sup>300</sup>) ограничено и остается неубедительным как в силу того, что органы правосудия на различных процессах придерживались разных точек зрения по этому вопросу, так и в силу того, что

---

<sup>297</sup> Verhoeven, "Rapport provisoire", *ibid.*, p. 543. [переведено Секретариатом.]

<sup>298</sup> Как Верхувен ("Rapport provisoire", *ibid.*, p. 530), так и Уотте (*op. cit.* (1994), p. 76) подчеркивают эту неопределенность в своей трактовке данного вопроса. Однако более ранние авторы признают иммунитет от местной юрисдикции в отношении суверенов и сопровождающих их лиц, см. Hall, *op. cit.*, § 48; T.J. Lawrence, *The Principles of International Law*, Revised by Percy H. Winfield (London: MacMillan and Co, 1924) (seventh edition) § 105: "Если среди его свиты возникнут какие-либо серьезные и срочные дела, эти лица должны быть отправлены домой для судебного разбирательства".

<sup>299</sup> Как отмечалось выше, оба эти положения основаны на расширении иммунитетов, предоставляемых главе дипломатической миссии, с любыми необходимыми изменениями. Следует напомнить в этом отношении, что, согласно пункту 1 статьи 37 Венской конвенции о дипломатических сношениях 1961 года, "члены семьи дипломатического агента, живущие вместе с ним, пользуются, если они не являются гражданами государства пребывания, привилегиями и иммунитетами", предоставляемыми последнему, включая иммунитет от уголовной юрисдикции в соответствии с пунктом 1 статьи 31.

<sup>300</sup> Проблема использования гражданских прецедентов в контексте настоящего исследования уже упоминалась в общем смысле. Хотя решения, вынесенные по гражданским делам, могут помочь в понимании возможного объема иммунитета членов семьи и свиты главы государства (и по этой причине упоминаются ниже), следует особо подчеркнуть, что они не могут считаться решающими в отношении иммунитета от иностранной *уголовной* юрисдикции, особенно если на вооружение взята функциональная юрисдикция этого иммунитета. При определении, предоставляется ли этот иммунитет согласно международному праву, мог бы быть принят во внимание тот факт, что, в отличие от гражданского производства, уголовное преследование может привести к назначению наказаний, затрагивающих личную свободу членов семьи, и поэтому серьезно отразится на независимом выполнении главой государства своих функций.

соответствующие члены семьи часто сами занимали официальные должности. Так, например, Швейцарский федеральный трибунал предоставил иммунитет Имельде Маркос, жене бывшего президента Филиппин, в следующей формулировке:

"международное обычное право всегда предоставляет главам государств, а также членам их семьи и их домохозяйства, посещающим иностранное государство, привилегии личной неприкосновенности и иммунитет от уголовной юрисдикции... Этот юрисдикционный иммунитет также предоставляется главе государства, посещающему иностранное государство в частном качестве, и распространяется при таких обстоятельствах на ближайших сопровождающих его членов семьи, а также на старших членов персонала его домохозяйства"<sup>301</sup>.

115. В 1945 году Индийский высший суд отказал в иммунитете от налогообложения в Британской Индии жене правителя княжества Калсия, аргументируя свое решение тем, что он не может "распространить на жену каждого правителя индийского княжества признание суверенитета ее мужа в полном значении международной правосубъектности, как признается международным публичным правом", и тем самым косвенно наводя на мысль, что его решение было бы иным, если бы она состояла в родстве с главой иностранного государства<sup>302</sup>. В деле, касающемся иска о компенсации за экспроприацию, Гражданский суд Брюсселя вынес решение, что ни покойная жена президента Заира, ни его дети не имеют права на иммунитет, указав в отношении последних, что они "совершеннолетние" и, следовательно, должны считаться "лицами, отличными от своего отца"<sup>303</sup>. В деле, касающемся заявления о родственной близости, Австрийский верховный суд подтвердил решение нижестоящих судов, что действующий глава государства Лихтенштейн имеет

---

<sup>301</sup> *Marcos et Marcos c. Office fédéral de la police, RSDIE*, 1991, p. 535 (Английская версия в *ILR*, vol. 102, p. 201). Однако следует отметить, что г-жа Маркос также занимала официальную должность в правительстве Филиппин (была министром по социальным вопросам и губернатором Метропольного округа Манилы). В своем решении Федеральный трибунал иногда называет истцов "бывшими руководителями иностранного государства" и Филиппины – "государством, которым они управляли".

<sup>302</sup> High Court of Allahabad, *Rani Amrit Kunwar v. Commissioner of Income Tax*, 21 December 1945, воспроизведено в *ILR*, vol. 22, pp. 73-75. В своем частном решении Малик Дж. упомянул *Международное право* Оппенгейма, согласно которому "жене суверена должна аналогичным образом предоставляться экстерриториальность, но не другим членам его семьи", однако отдал предпочтение точке зрения Блантшли, что жена суверена не получает такого специального режима в международном праве (*ibid.*, p. 75)

<sup>303</sup> Civil Court of Brussels (юрисдикция в отношении наложения ареста на имущество), *Mobutu v. SA Cotoni*, воспроизведено в *ILR*, vol. 91, p. 260 (одна из дочерей Мобуту была несовершеннолетней, и Суд счел наложение ареста на имущество допустимым в отношении попечителя, представляющего интересы этой дочери).

право на иммунитет, но постановил, что это не относится к его сестре и двум братьям, учитывая, что они больше не могут рассматриваться как "ближайшие члены семьи главы государства, проживающие вместе с ним", которые имеют право на иммунитет в силу международного обычного права<sup>304</sup>. В делах, касающихся членов семьи глав государств, суды Соединенных Штатов вновь придерживались точки зрения исполнительной власти. Например, Суд Соединенных Штатов отклонил в 1988 году жалобу, направленную против жены президента Мексики, в которой требовалось возмещение убытков за неправомерное лишение свободы и похищение, на основе предложения об иммунитете, отметив, что "в соответствии с общими принципами международного права главы государств и ближайшие члены их семей пользуются иммунитетом от привлечения к суду"<sup>305</sup>. Как описано выше, в отсутствие какого-либо предложения от исполнительной власти по гражданскому иску было отказано в иммунитете внуку правителя Абу-Даби и первенцу наследного принца Абу-Даби<sup>306</sup>. Окружной суд также отклонил иск против принца Уэльского после представленного предложения об иммунитете на том основании, что принц является прямым престолонаследником и членом "нуклеарной семьи и домохозяйства" Королевы Соединенного Королевства и что следует считать, что во время визита, когда произошли события, он был официальным дипломатическим представителем, находившимся в Соединенных Штатах со специальной дипломатической миссией<sup>307</sup>. Юридическая литература также, кажется, разделилась на две группы по этому вопросу<sup>308</sup>.

---

<sup>304</sup> Supreme Court, *W. v. Prince of Liechtenstein*, Judgment of 14 february 2001, 7 Ob 316/00x, para. 11. Была сделана ссылка, в частности, на статью 37 Венской конвенции о дипломатических сношениях.

<sup>305</sup> Supreme Court (New York County), *Kline v. Kaneco*, Judgment of 31 October 1988, 141 Misc.2d 787, p. 788.

<sup>306</sup> *Jungquist v. Sheikh Sultan Bin Khalifa al Nahyan*, воспроизведено в *ILR*, vol. 113, p. 531.

<sup>307</sup> District Court for the Northern District of Ohio, Eastern Division, *Kilroy v. Windsor*, Civ. No. C-78-291, 1978. Аргументы, упомянутые в тексте, содержались в письме Советника по правовым вопросам при Государственном департаменте на имя министра юстиции, в котором советник просил Министерство юстиции подать предложение об иммунитете в отношении принца (воспроизведено в *ILR*, vol. 81, p. 605).

<sup>308</sup> См. литературу в пользу иммунитета членов семьи: *Oppenheim's International Law*, Н. Lauterpacht (ed.), (London: Longmans, Green & Co., 1955, (8th edition), para. 349 (только для жен суверенов); Watts, *op. cit.*, p. 76 (но см. также *ibid.*, p. 80-81, где автор считает сомнительным, что они будут иметь право на иммунитеты и привилегии во время частного визита за границу не в обществе главы государства); Cahier, *op. cit.*, p. 337; F. Deák, in M. Sørensen (ed.), *Manual of Public International Law*, (New York: St. Martin's Press, 1968), p. 387; Mallory, *op. cit.*, p. 188; Mitchell, *op. cit.*, pp. 230-231. См. литературу против иммунитета членов семьи: Catherine Kessedjian, "Immunities, *Rep. Dalloz droit international*, 2nd edition, 1998, no. 46; Verhoeven, "Rapport provisoire", *Istitut, Yearbook*, vol.69 (2000-2001), p.550; Fox, "The Resolution of the Institute of International Law", *op. cit.*, p. 120 (комментарии к резолюции *Института* цитируются ниже в тексте).



116. Иммуниет членов семьи главы государства и сопровождающих его лиц может иметь меньшее обоснование при функциональном подходе к иммунитету глав государств, но может все же мотивироваться необходимостью сохранения независимости последнего<sup>309</sup>. В любом случае из фрагментов описанной выше государственной практики (а также по аналогии с положением глав дипломатических представительств) следует, что только ближайшие члены семьи главы государства, которые входят в состав его домохозяйства, могут иметь право на этот иммунитет (приводился даже довод, что только супруга может иметь такое право)<sup>310</sup>. Однако в свете фрагментарной практики было выражено авторитетное мнение, что иммунитеты и привилегии предоставляются членам семьи глав государств скорее на основе международной вежливости, чем в соответствии с установленными нормами международного права. Это была позиция Специального докладчика Комиссии по юрисдикционным иммунитетам государств и их собственности<sup>311</sup> и *Института*, в резолюции которого по вопросу об иммунитетах глав государств и правительств от юрисдикции и исполнения приговоров в международном праве предусматривается следующее:

"Ни члены семьи, ни члены свиты главы государства не пользуются иммунитетом у властей иностранного государства, если только он не предоставлен им в порядке вежливости. Это не наносит ущерба каким-либо иммунитетам, которыми они могут пользоваться в другом качестве, в частности в качестве члена специальной миссии, при сопровождении главы государства за границей"<sup>312</sup>.

117. В соответствии со статьей 39 Конвенции о специальных миссиях 1969 года, члены семей представителей посылающего государства в специальной миссии (включая главу

<sup>309</sup> Verhoeven "Rapport provisoire", *Institut, Yearbook*, vol.69 (2000-2001), p.531, ссылки на Cahier, *op. cit.*, p. 437.

<sup>310</sup> См. Watts, *op. cit.* (1994), pp. 77-78, где автор отмечает, что «ссылка на лицо, входящее в состав чьего-либо "домохозяйства", не несет такого же смысла в связи с членами семьи главы государства, какое она имеет в отношении членов семьи посла. В условиях дипломатического представительства можно считать, что принадлежность к домохозяйству посла требует какой-то зависимости от него и проживания под одной крышей с ним. Но обстоятельства в случае главы государства могут быть совсем другими; в случае монарха его домохозяйство может рассматриваться как содержащее взрослых членов нуклеарной королевской семьи, которые хотя и проживают в отдельном доме от дома монарха, тем не менее участвуют и помогают в осуществлении некоторых королевских конституционных и представительских функций». Однако см. решение Австрийского верховного суда по делу *W. v. Prince of Liechtenstein*, описанному выше.

<sup>311</sup> См. Предварительный доклад Моту Огисо, Специального докладчика, A/CN.4/415, пункт 49, в *Ежегоднике...*, 1988 год, том II (часть первая), стр. 131. См. также комментарии Комиссии в *Ежегоднике...*, 1989 год, том II (часть вторая), стр. 102–103, пункт 446. Прения в Комиссии см. в разделе C.2. части первой.

<sup>312</sup> Статья 5 резолюции *Института*.

государства в случае, предусмотренном в пункте 1 статьи 21), если они сопровождают таких членов специальной миссии, пользуются привилегиями и иммунитетами, указанными в Конвенции, включая иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции согласно пункту 1 статьи 31, если они не являются гражданами принимающего государства или не проживают в нем постоянно<sup>313</sup>.

**б) Главы правительств и министры иностранных дел**

118. Решение Международного Суда по делу "Об ордере на арест" содержит категорическое заключение в пользу иммунитета *ratione personae* глав правительств и министров иностранных дел:

"в международном праве твердо установлено, что, как и дипломатические и консульские агенты, некоторые лица, занимающие должности высокого ранга в государстве, такие как глава государства, глава правительства и министр иностранных дел, пользуются иммунитетами как от гражданской, так и уголовной юрисдикции других государств"<sup>314</sup>.

119. В этом деле Суд, хотя и счел, что положения Венской конвенции о дипломатических сношениях и Конвенции о специальных миссиях, на которые ссылались стороны в ходе разбирательства, служат полезным руководством по некоторым аспектам вопроса об иммунитетах, отметил, что они не содержат какого-либо положения, конкретно определяющего иммунитеты, которыми пользуется министр иностранных дел. Поэтому Суду потребовалось решать этот вопрос на основе международного обычного права<sup>315</sup>. Его мотивировка по этому вопросу заслуживает цитирования в полном объеме:

"В международном обычном праве иммунитеты министрам иностранных дел предоставляются не для их личной пользы, а для того чтобы обеспечить эффективное выполнение ими своих функций в интересах своих соответствующих государств. Для определения объема этих иммунитетов Суд, следовательно, должен прежде всего рассмотреть характер функций, выполняемых министром

---

<sup>313</sup> Как пояснила Комиссия в своей комментарии к соответствующему проекту статьи, это положение основывается на пункте 1 статьи 37 Венской конвенции о дипломатических сношениях 1961 года, но в нем опущено выражение "живущие вместе с ним" (*Yearbook...*, 1967, vol. II, p. 364), поскольку Комиссия "сочла, что ввиду характерных особенностей специальных миссий, должна быть обеспечена возможность, чтобы членов миссии сопровождали лица из их семьи, которые обычно не входят в состав их домохозяйства" (*ibid.*, p. 363).

<sup>314</sup> *Arrest Warrant*, para. 51.

<sup>315</sup> *Ibid.*, para. 52.

иностранных дел. Он или она несет ответственность за дипломатическую деятельность своего правительства и обычно действует в качестве его представителя на международных переговорах и межправительственных встречах. Послы и другие дипломатические агенты выполняют свои обязанности под его или ее руководством. Его или ее действия могут связать представляемое им или ею государство обязательством, и существует презумпция, что министр иностранных дел, просто в силу этой должности, в полной мере полномочен действовать от имени государства (см. например, подпункт а) пункта 2 статьи 7 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года). При выполнении этих функций ему или ей часто требуется ездить по всем странам мира, и поэтому они должны быть в состоянии свободно делать это, когда бы ни возникла необходимость. Он или она должны также находиться в постоянной связи с правительством и его дипломатическими представительствами во всем мире и быть способны в любое время связаться с представителями других государств. Суд далее отмечает, что министр иностранных дел, ответственный за развитие отношений его или ее государства со всеми другими государствами, занимает такое положение, что, как и глава государства или глава правительства, признается согласно международному праву в качестве представителя государства исключительно в силу своей должности. Он или она не должны вручать верительные грамоты: напротив, как правило, именно министр определяет полномочия, которые должны быть предоставлены дипломатическим агентам, и визирует их верительные грамоты. И наконец, именно при министре иностранных дел аккредитуются поверенные в делах.

Суд, соответственно, делает вывод, что функции министра иностранных дел таковы, что на протяжении всего периода пребывания его или ее в должности он или она при нахождении за границей пользуется полным иммунитетом от уголовной юрисдикции и неприкосновенностью. Этот иммунитет и эта неприкосновенность защищают соответствующее лицо от любого решения органов власти другого государства, которое не дает ему или ей возможности выполнять свои обязанности"<sup>316</sup>.

120. Другими словами, Суд придерживался функционального обоснования иммунитета *ratione personae*, предоставляемого министру иностранных дел: в свете дипломатических и

---

<sup>316</sup> *Ibid.*, paras. 53 and 54.

представительских функций последнего, которые признаются за ним в соответствии с международным правом исключительно в силу его должности, ему, как было установлено, требуется часто ездить по всем странам мира и необходимо постоянно связываться со своим правительством и представителями других государств.

121. Заключение Суда является авторитетной оценкой состояния международного обычного права в отношении иммунитета *ratione personae* министра иностранных дел, которую можно было бы использовать *mutatis mutandis* для обоснования иммунитета действующего главы правительства. И этим заключениям действительно следовали в дальнейшем при принятии национальных судебных решений. В частности, Бельгийский кассационный суд отклонил обвинение в совершении преступления против действовавшего премьер-министра Израиля г-на Шарона на том основании, что последний пользовался иммунитетом от уголовной юрисдикции в бельгийских судах<sup>317</sup>.

122. Тем не менее следует подчеркнуть, что до постановления Международного Суда высказывались некоторые сомнения относительно того, можно ли распространить иммунитеты, обычно признаваемые за главами государств, на глав правительств и министров иностранных дел. Эти сомнения были отражены некоторыми судьями в их мнениях, приложенных к решению по делу "Об ордере на арест"<sup>318</sup>. В своем совместном особом мнении судьи Хиггинс, Коойманс и Бюргенталь отметили, что иммунитет главы государства традиционно базируется на его статусе, на том основании, что он рассматривается как лицо, олицетворяющее суверенное государство<sup>319</sup>, и не нашли "оснований для утверждения, что министры иностранных дел имеют право на такой же иммунитет, как и главы государств"<sup>320</sup>. Ссылаясь на работы Комиссии и *Института*, эти

---

<sup>317</sup> *H.S.A. et al. v. S.A. et al.*, Decision related to the indictment of Ariel Sharon, Amos Yaron and others, No. P.02.1139.f, 12 February 2003, воспроизведено в *ILM*, vol. 42, 2003, pp. 596-605. Хотя, правда, бельгийские власти находились в особом положении, поскольку решение Суда по делу "Об ордере на арест" было обязательным для Бельгии согласно статье 59 Статута Международного Суда, фактически в этом деле был применен более широкий принцип, так как была дана ссылка на иммунитет от уголовной юрисдикции главы правительства. Кассационный суд в своем определении не сослался на решение Международного Суда.

<sup>318</sup> Некоторые комментаторы также подвергли критике данное решение Суда на этих основаниях, см. Maurice Kamto, "Une troublante 'Immunité totale' du Ministre des affaires étrangères", *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), pp. 519-523; Jean Salmon "Libres propos sur l'arrêt de la C.I.J. du 14 février 2002 dans l'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000, R.D.C. c. Belgique", *Revue belge de droit international*, 2002, p. 513; Jan Wouters, "The Judgment of the International Court of Justice in the Arrest Warrant case: Some Critical Remarks", *Leiden Journal of International Law*, vol. 16 (2003), pp. 256-258.

<sup>319</sup> Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal, para. 80.

<sup>320</sup> *Ibid.*, para. 81.

судьи согласились с Судом, что "цель иммунитетов, которыми наделяются министры иностранных дел в соответствии с международным обычным правом, состоит в том, чтобы обеспечить свободное выполнение ими своих функций в интересах своих государств", но сочли, что министр иностранных дел "имеет право на полный иммунитет только во время официальных визитов при осуществлении своих функций" или "только тогда, когда и только там, где он занимается выполнением обязанностей, требуемых его должностью, а также во время проезда для этого"<sup>321</sup>. Однако они заключили, что "гораздо менее ясно, имеет ли он также право на иммунитеты во время частных поездок и каков объем любых таких иммунитетов", и пришли к выводу, что "в отношении него или нее не могут применяться меры, которые препятствуют эффективному выполнению функций министра иностранных дел", такие как задержание или арест<sup>322</sup>.

123. В своем особом мнении судья аль-Хасауна выразил точку зрения, что положение министра иностранных дел в отношении иммунитета от уголовного преследования "далеко неясно", учитывая, в частности, "полное отсутствие прецедентов"<sup>323</sup>, и что его нельзя уподоблять положению ни дипломатических представителей (иммунитет которых зависит от дискреционной аккредитации государством пребывания)<sup>324</sup>, ни главы государства (который рассматривается как лицо, олицетворяющее государство)<sup>325</sup>. По словам судьи аль-Хасауна,

"министр иностранных дел имеет право на иммунитет от принудительных действий во время официальной миссии, ибо в противном случае было бы невозможно беспрепятственное ведение дипломатической деятельности, но вряд ли можно сказать, исходя из любых объективных критериев, что начало уголовного

---

<sup>321</sup> *Ibid.*, para. 83. Как отмечалось судьями, это также признал и бельгийский следственный судья в ордере на арест от 11 апреля 2000 года, который был предметом спора.

<sup>322</sup> *Ibid.*, para. 84. Поэтому эти судьи придерживались мнения, что, учитывая, что "ордер на арест от 11 апреля 2000 года прямо подлежал принудительному осуществлению в Бельгии и обязывал полицейские органы арестовать г-на Йеродиа, если бы он посетил эту страну в неофициальном порядке, ...сам факт выдачи ордера, поэтому, должен рассматриваться как нарушение неприкосновенности, на которую г-н Йеродиа имел право, пока он занимал должность министра иностранных дел Конго" (*ibid.*).

<sup>323</sup> Dissenting Opinion of Judge Al-Khasawneh, *ibid.*, para. 1.

<sup>324</sup> *Ibid.*, para. 1.

<sup>325</sup> *Ibid.*, para. 2.

расследования против него является вмешательством в ведение дипломатической деятельности"<sup>326</sup>.

124. Судья *ad hoc* ван ден Вингарт пришла в своем особом мнении к аналогичному заключению, приведя довод, что "нет доказательства" в поддержку утверждения, что существует норма международного обычного права, защищающая действующих министров иностранных дел от уголовного преследования<sup>327</sup>. Она также подвергла критике проведение Судом аналогии с иммунитетами дипломатических агентов (которые проживают и осуществляют свои функции на территории принимающего государства после получения аккредитации)<sup>328</sup> и иммунитетами глав государств (которые "олицетворяют" государство и являются "alter ego государства")<sup>329</sup>. Она высказала предположение, что "возможно, имеется определенный политический здравый смысл в предложении, чтобы министру иностранных дел были предоставлены те же привилегии и иммунитеты, что и главе государства, но это может быть вопросом вежливости". По ее мнению, в силу применения принципа, содержащегося в статье 21 Конвенции о специальных миссиях 1969 года, ордер на арест министра иностранных дел не может быть принудительно осуществлен, когда он находится с официальным визитом (иммунитет от исполнительных действий), но международное право не исключает уголовного преследования в отношении него<sup>330</sup>.

125. Как отмечалось выше, Конвенция Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности содержит положение,

---

<sup>326</sup> *Ibid.*, para. 4. Судья аль-Хасауна также базировал свой довод на том, что иммунитет по определению является исключением из общего правила, согласно которому человек несет юридическую и моральную ответственность за свои действия, и поэтому иммунитету должно быть дано узкое определение (*ibid.*, para. 3). Судья сделал заключение, что выдача ордера на арест г-на Йеродиа не являлась нарушением обязательств Бельгии перед Демократической Республикой Конго, поскольку в ордере прямо указывалось, что он не должен выполняться, если данное лицо находится на бельгийской территории с официальной миссией (*ibid.*, para. 4).

<sup>327</sup> Dissenting opinion of Judge *ad hoc* van den Wyngaert, *ibid.*, para. 10, and para. 11. Более конкретно, судья ван ден Вингарт отметила, что «нет установившейся практики (*usus*) в отношении постулируемого "полного" иммунитета министров иностранных дел» и что "негативная практика" государств не может сама по себе рассматриваться как свидетельство *opinio juris* (убежденности в правомерности) (*ibid.*, para. 13).

<sup>328</sup> *Ibid.*, para. 15.

<sup>329</sup> *Ibid.*, para. 16.

<sup>330</sup> *Ibid.*, para. 18 and 22. В подкрепление своей критики позиции Суда по вопросу об иммунитете министров иностранных дел она далее сослалась на Конвенцию о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, 1973 года (*ibid.*, para. 19), правовую доктрину (*ibid.*, para. 20) и работы Института (*ibid.*, para. 21)

гарантирующее привилегии и иммунитеты *ratione personae*, признаваемые международным правом за главами государств, но обходит молчанием иммунитеты других должностных лиц государства. Дискуссии, состоявшиеся по этому положению в ходе подготовительных работ, которые описаны в части первой<sup>331</sup>, показывают, что Комиссия оставила данный вопрос открытым. В Конвенции о специальных миссиях 1969 года, по-видимому, предполагается, что некоторые преимущества, привилегии и иммунитеты предоставляются главам правительств и министрам иностранных дел в соответствии с общим международным правом. Согласно пункту 2 статьи 21 этой Конвенции:

"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 настоящей Конвенции, преимуществами, привилегиями и иммунитетами, которые признаются за ними международным правом".

126. Однако вышеупомянутые преимущества, привилегии и иммунитеты в Конвенции не называются (и, в частности, точно не определяется, включают ли они иммунитет от уголовной юрисдикции), а Комиссия в своем комментарии к соответствующему проекту статьи не дала пояснений относительно их возможного характера и объема<sup>332</sup>. При подготовке этого проекта Специальный докладчик заявил, что он не нашел конкретно применимых к "специальным миссиям высокого уровня" правил, кроме "относящихся к правовому положению этих высокопоставленных лиц в их собственном государстве, не в отношении полагающихся знаков вежливости, но и в отношении объема привилегий и иммунитетов"<sup>333</sup>. Во всяком случае ясно, что главы правительств и министры иностранных дел, участвующие в специальных миссиях (или возглавляющие их), пользуются иммунитетом от уголовной юрисдикции принимающего государства, как признается в статье 31 Конвенции.

127. Примеры государственной практики, касающейся иммунитета глав правительств и министров иностранных дел, крайне редки. Национальные законы, прямо предусматривающие иммунитет главы государства, обычно не содержат аналогичных

---

<sup>331</sup> См. часть первую, раздел С.2.

<sup>332</sup> Пункт 3) комментария к проекту статьи 21 в *Yearbook...*, 1967, vol. II, p. 359, который ограничивается замечанием, что в пункте 2 этой статьи устанавливается правило, аналогичное применимому в отношении глав государств, возглавляющих миссию (охвачено в рамках пункта 1).

<sup>333</sup> *Third report by Milan Bartoš, Special Rapporteur*, A/CN.4/189 and Add.1 & 2, in *Yearbook...*, 1966, vol. II, para. 272.

положений в отношении глав правительства или министра иностранных дел<sup>334</sup>. Вместе с тем в новой (второй) редакции Закона о внешних сношениях Соединенных Штатов предполагалось, что глава правительства и министр иностранных дел пользуются таким же иммунитетом, как и глава государства, в отношении официальных и частных действий<sup>335</sup>. Внутригосударственное прецедентное право является ограниченным и касается главным образом гражданских дел<sup>336</sup>. Французский суд в 1961 году, отклонив притязание на иммунитет государственного министра Саудовской Аравии в связи с гражданским иском, в то же время, как представляется, дал понять, что иммунитет был бы предоставлен, если бы данное лицо было министром иностранных дел<sup>337</sup>. В 1963 году суд Соединенных Штатов отклонил гражданский иск, возбужденный против министра иностранных дел Республики Корея г-на Ким Ён Шика, когда тот проездом находился в штате Гавайя в ходе официального визита в Соединенные Штаты, на основе предложения об иммунитете, представленного исполнительной властью, в котором аргументировано утверждалось, что "в соответствии с международным обычным правом, признанным и применяемым в Соединенных Штатах, глава иностранного правительства, его министр иностранных дел и назначенные им члены его официальной делегации обладают иммунитетом от юрисдикции федеральных судов или судов штатов в этой стране" и что "Государственный департамент признает дипломатический статус Его Превосходительства Ким Ён Шика по случаю его

---

<sup>334</sup> См. раздел 20 Закона Соединенного Королевства об иммунитете государства 1978 года и раздел 36 Австралийского закона об иммунитетах иностранных государств 1985 года.

<sup>335</sup> См. *Restatement (Second) of Foreign Relations Law of the United States* [St. Paul, American Law Institute, 1962], пара. 66, pp. 200 and 202. Суды Соединенных Штатов ссылались на новую редакцию Закона даже в самое последнее время: см. *Lafontant v. Aristide*, p. 133.

<sup>336</sup> Дело *The Schooner Exchange v. McFaddon* содержало ссылку на «иммунитет, который все цивилизованные государства предоставляют "foreign ministers" [это многозначное английское выражение означает как дипломатических представителей иностранных государств, так и министров иностранных дел некоторых государств]», применяемую иногда для обоснования иммунитета министров иностранных дел (см. например, предложение об иммунитете, представленное исполнительной властью по делу *Tachiona v. Mugabe*, воспроизведено в *AJIL*, vol. 95, p. 874). При ознакомлении с решением, однако, выясняется, что Верховный суд Соединенных Штатов в этом случае использовал выражение "foreign minister" скорее применительно к дипломатическому представителю суверена, проживающему в иностранном государстве, pp. 138-139.

<sup>337</sup> Court of Appeal of Paris, *Ali Ali Reza v. Grimpel*, Judgment of 28 April 1961, воспроизведено в *ILR*, vol. 47, pp. 275-277 (оригинальный французский вариант в *RGDIP*, 1962, p. 418), цитируется и интерпретируется как в тексте Уотса, *op. cit.*, p. 106. Суд указал, что "статуса Али Али Резы как государственного министра, а не министра иностранных дел, недостаточно, чтобы он мог воспользоваться" иммунитетом как представитель иностранного правительства; p. 276.



визита в Соединенные Штаты"<sup>338</sup>. В 1988 году другой суд Соединенных Штатов отклонил требование о компенсации за смерть, телесные повреждения и ущерб собственности, причиненные воздушными бомбардировками Ливии, которое было предъявлено, среди прочих, действовавшему премьер-министру Соединенного Королевства г-же Тэтчер, заключив, что предложение об иммунитете, представленное Государственным департаментом в ее интересах, было решающим в этом отношении<sup>339</sup>. В 2001 году окружной суд Соединенных Штатов принял во внимание предложение об иммунитете, представленное исполнительной властью в интересах, в частности, действующего министра иностранных дел Зимбабве, при рассмотрении коллективного иска, предъявленного, среди прочего, в соответствии с Законом о деликтных исках иностранцев<sup>340</sup>. Как упоминалось выше, ограниченность этой практики рассматривалась некоторыми судьями в Международном Суде как отсутствие свидетельств *usus* (установившейся практики) и *opinio juris* (убежденности в правомерности), необходимых для существования нормы международного обычного права. Однако Докладчиком в *Ежегоднике Института* было дано другое толкование; он отметил, что, несколько решений подтвердили иммунитеты глав правительств и министров иностранных дел, "однако не было ни одного решения, которое отрицало бы такие иммунитеты, в результате чего создается мнение, что такие общепризнаны"<sup>341</sup>.

---

<sup>338</sup> Circuit Court of the First Circuit (State of Hawaii), *Chong Boon Kim v. Kim Yong Shik and David Kim*, Civil action No. 12565, Judgment of 9 September 1963. Текст предложения об иммунитете воспроизведен в *AJIL*, vol. 58 (1964), pp. 186-187, под заголовком "Exemption from judicial process – special missions".

<sup>339</sup> *Saltany v. Reagan*, воспроизведено в *ILR*, vol. 80, p. 21. Г-жу Тэтчер требовали признать ответственной, потому что британское правительство дало разрешение базировавшимся в Великобритании самолетам Военно-воздушных сил Соединенных Штатов вылететь со своих баз для участия в выполнении боевого задания и вернуться на них.

<sup>340</sup> *Tachiona v. Mugabe*, p. 297. Коллективный иск также касался президента Зимбабве г-на Мугабе, лидеров Африканского национального союза – Патриотического фронта Зимбабве и других старших должностных лиц Зимбабве.

<sup>341</sup> Verhoeven, "Rapport provisoire", *Institut, Yearbook*, vol. 69 (2000-2001), p. 546 [перевод Секретариата]. Верховен сохранил эту позицию и после решения 2002 года, поддерживая обоснования Суда: "Никто не оспорит, что в данном случае практика, на которой должно основываться обычное правило, не явно выражена. Практика исходит все-таки из того, что не известны случаи, чтобы министр иностранных дел подвергся преследованию в уголовном порядке и был судим за границей. Лишь в некоторых известных случаях, когда были попытки это совершить, юридический иммунитет был однозначно предоставлен, и в подавляющем большинстве случаев действительность подтверждает его наличие. Кроме того, исполнение ответственных обязанностей министром иностранных дел рисковало бы быть просто скомпрометированным, если бы он мог явиться в любое время предметом уголовных преследований за границей. Следовательно, не надо удивляться

128. В юридической литературе мнения по этому вопросу, по всей видимости, разделились. Однако одно решение, как представляется, широко принято, а именно, что главы правительств и министры иностранных дел пользуются иммунитетом *ratione personae* или по крайней мере абсолютной неприкосновенностью во время официального визита – заключение, которое также подтверждается статьей 31 Конвенции о специальных миссиях 1969 года, упомянутой выше<sup>342</sup>. По всем другим аспектам позиции расходятся. Те, кто выступает за предоставление иммунитета даже во время частных визитов (или когда лицо отсутствует в государстве, где находится суд), опираются, в частности, на функциональное обоснование иммунитета главы государства и не видят препятствий для распространения такого же иммунитета на глав правительств и министров иностранных дел, международные функции которых обычно столь же важны, как и функции главы государства (если не более)<sup>343</sup>. Напротив, те, кто возражает против распространения иммунитета *ratione personae* на эти две категории должностных лиц государства, подчеркивают особый представительский характер главы государства и его уникальное положение как лица, олицетворяющего само государство<sup>344</sup>.

---

тому, что суд в принципе не оспаривает его юрисдикционный иммунитет" (Joe Verhoeven, "Quelques réflexions sur l'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000", *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), p. 532). См. также Gionata P. Buzzini, *Le droit international général au travers et au-delà de la coutume. Essai de conceptualisation d'une réalité aux contours fluctuants*, Doctoral Dissertation, No. 741, University of Geneva (Graduate Institute of International Studies), 2007, pp. 266-268 and 292-294. Автор считает, что дедуктивное обоснование, которого придерживался Международный Суд в деле "Об ордере на арест", было оправданным, поскольку заключения, к которым оно привело, не опровергаются международной практикой.

<sup>342</sup> Как уже описывалось в тексте, это заключение было поддержано даже судьями меньшинства в решении Суда по делу "Об ордере на арест", хотя, по-видимому, имеется некоторое расхождение мнений относительно того, следует ли признавать только неприкосновенность или также и иммунитет от уголовной юрисдикции. См. также Watts, *op. cit.* (1994), p. 106; Wouters, *op. cit.*, p. 256 (после решения по делу "Об ордере на арест").

<sup>343</sup> Особенно, Verhoeven, "Rapport provisoire", *Institut, Yearbook*, vol. 69 (2000-2001), pp. 543-544 and 546. См. также Chanaka Wickremasinghe, "Immunities Enjoyed by Officials of States and International Organizations" в Malcolm D. Evans (ed.), *International Law*, Second Edition, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 408 (после решения по делу "Об ордере на арест").

<sup>344</sup> Особенно, Watts, *op. cit.* (1994), pp. 102-103 ("главы правительств и министры иностранных дел, хотя и являются главными и важными фигурами, не символизируют и не олицетворяют своих государств так, как это делают главы государств. Соответственно, они не пользуются в международном праве каким-либо правом на специальный режим в силу качеств суверенности или величества, относящихся к ним лично"). См. также Michael Bothe, "Die Strafrechtliche Immunität fremder Staatsorgane", *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 31, 1971, pp. 264-265; Adam Day, "Crimes against Humanity as a Nexus of Individual and State Responsibility: Why the ICJ Got *Belgium v. Congo* Wrong", *Berkeley Journal of International Law*, vol. 22 (2004), pp. 498-499 (после решения "Об ордере на арест"); Prouvèze, *op. cit.* (2002), pp. 296-297 (критика

129. Работа *Института* над этим вопросом заслуживает отдельного рассмотрения. Докладчик и 13-я сессия Комиссии высказали мнение, что международное право предоставляет главе правительства и министру иностранных дел такую же неприкосновенность и иммунитет от юрисдикции, как и главе государства, и предложили проект соответствующей статьи<sup>345</sup>. Последний, однако, впоследствии был пересмотрен, с тем чтобы дать прямую ссылку только на главу правительства и внести защитительную оговорку для других членов правительства (включая министра иностранных дел)<sup>346</sup>. Во время дискуссии на пленарном заседании прозвучало несколько голосов в пользу иммунитета одной или обеих категорий должностных лиц государства<sup>347</sup>. Окончательная резолюция *Института* гласит:

---

обоснования Суда); Wouters, *op. cit.*, p. 257 (критика обоснования Суда). В *Pinochet (No. 3)* (p. 644), лорд Миллетт высказал мнение, что иммунитетом *ratione personae* пользуется действующий глава государства в силу его особого статуса как лица, занимающего наивысшую должность в своем государстве. Он рассматривается как персонификация самого государства. Отсюда следует, что, согласно его утверждению, этот иммунитет "не предоставляется действующим главам правительств, которые не являются также главами государств".

<sup>345</sup> Относительно позиции Докладчика см. Verhoeven, "Rapport provisoire", *Institut, Yearbook*, vol. 69 (2000-2001), pp. 543-547 and 550 (point viii) (см. также Verhoeven, "Rapport définitif", *ibid.*, p. 595). Во время последующих дебатов на 13-й сессии Комиссии точку зрения Докладчика прямо поддержали Валтикос (*ibid.*, pp. 555), Салмон (*ibid.*, pp. 577-578), Сучариткул (*ibid.*, p. 582) и Морин (*ibid.*, pp. 584-585). Томусчат предостерег против использования выражения "mutatis mutandis" в этом контексте (*ibid.*, p. 587). В представленной пленарному заседанию статье, заключенной в скобки, учитывая, что она превышала мандат Комиссии, предусматривалось следующее:

"Глава правительства и министр иностранных дел иностранного государства пользуются на территории государства суда неприкосновенностью, а также иммунитетами от юрисдикции и исполнительных мер, подобными признанным в настоящей резолюции за главой их государства" (*Ibid.*, pp. 610-611; французский вариант см. *ibid.*, p. 606).

<sup>346</sup> См. статью 15 пересмотренного проекта резолюции № 1 (*ibid.*, p. 646; французский вариант см. *ibid.* p. 640), текст которой аналогичен тексту окончательной резолюции, воспроизводимой ниже в настоящем документе (хотя в ней признавался иммунитет от исполнения за главой правительства, ссылка позднее была упразднена, вероятно, с учетом замечания Гая, сделанным на пленарном заседании). *Ежегодник Института* не содержит официального обоснования исключения министров иностранных дел из основной части статьи 15, но пояснения, данные Салмоном в ходе дебатов на пленарном заседании и подтвержденные Докладчиком, позволяют предположить, что вышеупомянутый пересмотр был мотивирован скорее объемом мандата Комиссии, чем убежденностью, что министр иностранных дел не может пользоваться иммунитетами, сопоставимыми с иммунитетами главы правительства (*ibid.*, pp. 677-678).

<sup>347</sup> Относительно этой дискуссии см. *ibid.*, pp. 674-679. См., в частности, заявления Морина, Саховича (который высказал некоторые сомнения в отношении формулировок этих положений), Гая (который, однако, полагал, что главе правительства и другим его членам не предоставляется иммунитет от исполнительных действий), Макуинни, Лелайва, Салмона, Шахабуддина (который отметил, что без такого положения резолюция не будет

"1. Глава правительства иностранного государства пользуется такой же неприкосновенностью и таким же иммунитетом от юрисдикции, которые признаны в настоящей Резолюции за главой государства. Это положение не наносит ущерба какому-либо иммунитету главы государства от исполнительных действий.

2. Пункт 1 не наносит ущерба таким иммунитетам, на которые могут иметь права другие члены правительства в силу своих официальных функций".

**i) Определение, является ли лицо главой правительства или министром иностранных дел**

130. Определение с целью предоставления иммунитета, того, является ли соответствующее лицо главой правительства или министром иностранных дел другого государства, как кажется, не создает каких-либо особых юридических проблем. Сделанные выше замечания в отношении определения статуса главы государства (в частности, в отношении роли признания), несмотря ни на что, действительны также и для этих двух других категорий должностных лиц<sup>348</sup>.

**ii) Члены семьи и сопровождающие лица**

131. Государственная практика в области предоставления иммунитета членам семьи глав правительств и министров иностранных дел и сопровождающим их лицам, по всей видимости, отсутствует<sup>349</sup>. Предполагается, что те же соображения, которые упоминались выше в отношении семьи и окружения главы государства, релевантны и в этом

---

иметь функциональной значимости для некоторых частей мира, например стран Карибского бассейна, Канады и Соединенного Королевства; он также заявил, что элементы текста этой статьи в действительности не соответствуют тому, что обычно имеет место в практике государств) и Торреса Бернардеса. Фрэнк высказал мнение, что *Институту* не следует занимать какую-либо позицию до завершения дела "Об ордере на арест" в Международном Суде.

<sup>348</sup> Определение главы государства обычно не составляет труда, тогда как определение, является ли лицо должностным лицом государства, иным чем его глава, может оказаться более затруднительным, поскольку, возможно, потребуются более глубокое изучение внутренней структуры соответствующего государства. Однако информация относительно главы правительства и министра иностранных дел обычно легко доступна и не должна вызывать особых проблем. В тех странах, где судебные власти следуют предложениям исполнительной власти об иммунитете с целью установления последнего для главы государства, органы правосудия также считают такие предложения регулируемыми в отношении главы правительства и министра иностранных дел; см. по Соединенным Штатам упомянутые выше дела *Saltany v. Reagan* и *Chong Boon Kim v. Kim Yong Shik and David Kim*.

<sup>349</sup> Verhoeven, "Rapport provisoire", *Institut, Yearbook*, vol. 69 (2000-2001), p. 547.

контексте<sup>350</sup>. Во всяком случае статья 39 Конвенции о специальных миссиях 1969 года, предоставляющая привилегии и иммунитеты членам семей представителей посылающего государства в специальных миссиях (при условии, что они сопровождают последних и не являются гражданами или постоянными жителями принимающего государства), также применима к семьям глав правительств и министров иностранных дел, участвующим в таких миссиях.

**е) Другие высокопоставленные должностные лица**

132. Предлагается, чтобы другие высокопоставленные должностные лица государства (особенно, другие министры и члены кабинета) пользовались иммунитетом *ratione personae* от иностранной уголовной юрисдикции в период пребывания на посту. В своем упомянутом выше заявлении общего характера, согласно которому "некоторые лица, занимающие должности высокого ранга в государстве, *например* глава государства, глава правительства и министр иностранных дел, пользуются иммунитетами от юрисдикции в других государствах"<sup>351</sup>, Международный Суд, кажется, оставил эту возможность открытой. Однако в последующем изложении обоснования в отношении министра иностранных дел уточняется, что, по мнению Суда, критерий "высокий ранг" не является решающим как таковой и что характер функций, выполняемых должностным лицом государства, и обстоятельства, в которых выполняются такие функции, играют определяющую роль в предоставлении иммунитета: при вынесении своего заключения Суд подчеркивал дипломатические и представительские обязанности министра иностранных дел на международном уровне и тот факт, что ему часто требуется выезжать за границу<sup>352</sup>.

133. Как было отмечено в отношении глав правительств и министров иностранных дел, в положении Конвенции Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, гарантирующем иммунитет *ratione personae* глав государств, не дается какой-либо ссылки на других должностных лиц, но подготовительная работа показывает, что Комиссия оставила этот вопрос открытым<sup>353</sup>. В большинстве случаев национальные законы, которые в прямой форме предусматривают иммунитет главы государства, не распространяют аналогичный иммунитет на других

---

<sup>350</sup> *Ibid.*

<sup>351</sup> *Arrest Warrant*, para. 51 (курсив добавлен).

<sup>352</sup> *Ibid.*, paras. 53-55.

<sup>353</sup> См. часть первую, раздел С.2, выше.

должностных лиц государства<sup>354</sup>. В новой (второй) редакции Закона Соединенных Штатов о внешних сношениях, признававшей иммунитет *ratione personae* глав правительств и министров иностранных дел, считалось, что иммунитет других дипломатических агентов, должностных лиц или представителей государства касается только действий, совершаемых ими в официальном качестве<sup>355</sup>. При устном производстве в Международном Суде по делу, касающемуся *некоторых вопросов взаимной помощи по уголовным делам (Джибути против Франции)*, обе стороны, по-видимому, согласились, что ни Государственный обвинитель, ни Начальник службы национальной безопасности Республики Джибути как таковые не пользуются иммунитетом *ratione personae* в соответствии с международным правом<sup>356</sup>.

134. Здесь вновь прецедентное право не представляется решающим. Сообщается, например, что французские суды отказали в иммунитете государственному министру<sup>357</sup> и министру внутренних дел<sup>358</sup> иностранных правительств. В 1987 году Окружной суд Соединенных Штатов сделал необычный шаг, отклонив предложение об иммунитете, представленное Государственным департаментом в интересах Генерального солиситора Филиппин г-на Ордоньеса, которому была вручена судебная повестка, требующая от него явиться в суд для дачи показаний в связи с гражданским производством. Суд отметил, что приведенный правительством довод относительно того, что г-н Ордоньес "имеет право на иммунитет главы государства, несмотря на то, что он не является ни сувереном, ни министром иностранных дел – два традиционных основания для признания или предоставления иммунитета главы государства" – представляет собой попытку "расширить доктрину главы государства, чтобы охватить всех должностных лиц правительства иностранного государства, на которых Государственный департамент считает необходимым распространить иммунитет", и что "прецедентов для такого радикального

---

<sup>354</sup> См. раздел 20 Британского закона 1978 года об иммунитете государства и раздел 36 Австралийского закона 1985 года об иммунитетах иностранных государств.

<sup>355</sup> См. *Restatement (Second) of Foreign Relations Law of the United States*, para. 66, p. 200.

<sup>356</sup> См. CR 2008/3, p. 15 (Кондорелли, от имени Джибути, который, однако, доказывал, что эти два вышеупомянутых должностных лица пользуются иммунитетом *ratione materiae* (*ibid.*, pp. 15-17)); CR 2008/5, 2008/5, pp. 42-47 и 50 (Пелле, от имени Франции). Во время завершения настоящего исследования дело находилось на обсуждении.

<sup>357</sup> См. *Ali Ali Reza v. Grimpel*, воспроизведено в *ILR*, vol. 47, pp. 275-277, уже описывалось выше.

<sup>358</sup> См. дело *Ben Barka* с участием министра внутренних дел Марокко, как сообщалось в *Bothe, op. cit.*, p. 264, fn 86.

отхода от прошлого обычая нет"<sup>359</sup>. В 2004 году Итальянский кассационный суд в решении, которое уже описывалось выше, счел, что иммунитет, предоставляемый согласно международному обычному праву действующим главам государств, главам правительств и министрам иностранных дел, не распространяется и не может быть применен по аналогии в отношении лиц, которые занимают такие должности в образованиях, не имеющих статуса суверенного государства, например в государствах, входящих в состав федерации (в частности, президент Черногории)<sup>360</sup>. В 2005 году Британский высший суд правосудия аналогичным образом отказал в иммунитете губернатору и главе исполнительной власти штата, входящего в состав Федеративной Республики Нигерия, отметив, в частности, что упомянутый штат не занимается международными связями и имеет весьма ограниченные полномочия, которые зависят от доминирующей власти федерального правительства<sup>361</sup>. Однако в *obiter dictum* по делу 2005 года относительно экстрадиции бывшего министра атомной энергии Российской Федерации Швейцарский федеральный суд, кажется, признал более широкий объем иммунитета, отметив, что иммунитет от уголовной юрисдикции направлен на то, чтобы оградить правительства от препятствий в выполнении ими своих функций, создаваемых путем проведения политически мотивированных уголовных процессов против их "высоких должностных лиц" за границей<sup>362</sup>. В уже описанном выше решении 2008 года, предоставившем иммунитет от уголовной юрисдикции действующему

---

<sup>359</sup> District Court of the Northern District of California, *Republic of the Philippines v. Marcos*, 665 F.Supp. 793, Judgment of 11 February 1987, pp. 797-798. Суд вынес это заключение, хотя и признал, что Ордоньес был "должностным лицом очень высокого ранга Республики Филиппины". В своем предложении об иммунитете Государственный департамент ссылался на уже описанные выше дела *Chong Boon Kim v. Kim Yong Shik and Kilroy v. Windsor*, которые Суд считает неубедительными для целей определения иммунитета Генерального солиситора. См. также *Tachiona v. Mugabe*, p. 289 (в котором отмечается, что "хотя суды единообразно согласились с притязанием [на иммунитет главы государства] в отношении глав государств и глав правительств, признанных Соединенными Штатами, остаются вопросы о том, как далеко вниз по иерархической лестнице может на законных основаниях распространяться защита", и дается ссылка на вышеупомянутое дело) и *El Haddad v. Embassy of the United Arab Emirates*, 69 F.Supp. 2d 69 (D.D.C.1999), p. 82, fn 10 (в котором отмечается, что доктрина главы государства "ограничивается только действующим официальной главой государства..." Суд отказывается распространить иммунитет главы государства на всех представителей главы государства).

<sup>360</sup> Court of Cassation (Third Criminal Section), *Public Prosecutor (Tribunal of Naples) v. Milo Djukanovic*, No. 49666, Judgment of 28 December 2004, para. 10.

<sup>361</sup> *R (on the application of Diepneye Solomon Peter Alamieyeseigha v. The Crown Prosecution Service*, paras. 37-48 (уже описывалось выше). В этом решении была сделана побочная ссылка на дело "Об ордере на арест" (*ibid.*, para. 22), которое, однако, по-видимому, не является главной основой мотивировки данного решения.

<sup>362</sup> *Evgeny Adamov v. Federal Office of Justice*, 1st Public Law Chamber, Nr. 1A.288/2005, частично опубликовано как *BGE 132 II 81*, para. 3.4.2.

главе государства Руанды, испанская *Audiencia Nacional* подтвердила уголовные обвинения против высокопоставленных военачальников, находящихся на службе, включая действующего Начальника штаба руандийской армии, не поднимая вопроса об их иммунитете<sup>363</sup>.

135. Два последних решения, вынесенных судами Соединенного Королевства, заслуживают особого рассмотрения в том плане, что при предоставлении иммунитета высокопоставленным должностным лицам они опирались на изложение мотивов в решении по делу "Об ордере на арест". В решении 2004 года по ходатайству о выдаче ордера на арест исполняющего обязанности министра обороны Израиля генерала Шауля Мофаза Суд магистрата на Бау-стрит интерпретировал пункт 51 Решения [Международного Суда] 2002 года как указывающий на то, что другие категории высокопоставленных должностных лиц, помимо главы государства, главы правительства и министра иностранных дел, могут пользоваться иммунитетом, если их функции включают поездки или дипломатические миссии в интересах государства. Выразив в *obiter dictum* мнение, что было бы "маловероятным, чтобы такие министерские должности, как министр внутренних дел, министр занятости, министр по вопросам окружающей среды, министр культуры, средств массовой информации и спорта автоматически обрели иммунитет государства", суд счел, что, напротив, "роли оборонной и иностранной политики сильно переплетены" в свете того, что "многие государства содержат войска за границей и необходимо посещать много миссий Организации Объединенных Наций, в которых военные вопросы играют заметную роль в отношениях между некоторыми государствами". Поэтому суд пришел к заключению, что "министр обороны автоматически приобретает иммунитет государства таким же образом, как это относится к министру иностранных дел", и по этой причине отказался выдать запрашиваемый ордер на арест<sup>364</sup>. Аналогичным образом, в решении 2005 года относительно просьбы об ордере на арест г-на Бо Силая, действующего министра внутренней и внешней торговли Китайской Народной Республики, Суд магистрата на Бау-стрит вынес заключение, что функции последнего "равнозначны функциям, выполняемым министром иностранных дел, и, используя мотивировку Международного Суда в [деле "Об ордере на арест"] ..., что в соответствии с нормами международного обычного права г-н Бо имеет иммунитет от судебного

---

<sup>363</sup> *Auto del Juzgado Central de Instrucción No. 4*, pp. 157-181.

<sup>364</sup> District Court (Bow Street), *Re General Shaul Mofaz*, Judgment of 12 February 2004, воспроизведено в *ICLQ*, vol. 53 (2004), pp. 771-773. См. также приведенный в этих материалах комментарий Уорбика, содержащий критику, в частности упомянутого выше *obiter dictum* (*ibid.*, pp. 773-774).



преследования, поскольку он не сможет выполнять свои функции, если не будет иметь возможности свободно перемещаться"<sup>365</sup>.

136. До 2002 года в юридической литературе, как правило, не рассматривался вопрос о том, пользуются ли другие должностные лица, кроме главы государства, главы правительства или министра иностранных дел, иммунитетом *ratione personae*; когда же этот вопрос стал рассматриваться, проявилась тенденция к отрицанию такого иммунитета<sup>366</sup>. Однако после принятия решения по делу "Об ордере на арест" комментаторы интерпретируют мотивировку Суда как допускающую возможность предоставления иммунитета *ratione personae* старшим должностным лицам, по крайней мере при особых обстоятельствах и надлежащем учете выполняемых функций<sup>367</sup>. Этот вопрос также поднимался в работах *Института*<sup>368</sup>, и в результате было принято положение, в котором

---

<sup>365</sup> Bow Street Magistrates' Court, *Re Bo Xilai*, Judgment of 8 November 2005, воспроизведено в *ILR*, vol. 128, pp. 713-715. Следует, однако, принять во внимание, что судья затем отметил, что в соответствующее время г-н Бо входил в состав официальной делегации в рамках государственного визита Председателя Китайской Народной Республики, а следовательно, был членом специальной миссии, пользующимся, как таковой, иммунитетом в соответствии с международным обычным правом, как закреплено в Конвенции о специальных миссиях 1969 года. В заключительной части решения ясно указывается, что последний аргумент был преобладающим: "Поэтому я убежден, что особенно в силу того, что г-н Бо является членом специальной миссии, он обладает иммунитетом от судебного преследования, и я отказываюсь выдать ордер".

<sup>366</sup> См., например, Bothe, *op. cit.*, pp. 264-265; и Robertson, *op. cit.*, p. 402 (с особой ссылкой на генералов, начальников полиции и министров).

<sup>367</sup> См., например, Cassese, "When May Senior State Officials ...", *op. cit.*, p. 864 (иммунитет *ratione personae* распространяется "только на *некоторые категории* должностных лиц государства, а именно дипломатических агентов, глав государств, глав правительств, вероятно (во всяком случае в соответствии с доктриной, изложенной Судом [в деле "Об ордере на арест"]), министров иностранных дел и, возможно, даже других старших членов кабинета"); Wouters, *op. cit.*, p. 265 (который указывает, однако, что "общий тон решения создает впечатление, что Суд неохотно согласится с любым исключением из правила об абсолютном иммунитете других высоких должностных лиц"); Wickremasinghe, *op. cit.* (2006), p. 409 ("В какой мере такой иммунитет можно также распространить на других министров или должностных лиц, вероятно, зависит от аналогичной мотивировки, исходя из участия таких лиц в международных отношениях").

<sup>368</sup> Хотя этот вопрос выходил за рамки темы, определенной *Институтом* (которая была ограничена иммунитетами глав государств и правительств), Докладчик поинтересовался у участников 13-й сессии Комиссии, считают ли они желательным включить в рассмотрение также иммунитеты всех государственных должностных лиц (см. пункт № 3 вопросника в *Institut, Yearbook*, vol. 69 (2000-2001), p. 453). В ходе прений (*ibid.*, pp. 453-482; краткое изложение Докладчиком обсуждений по этому вопросу см. в *ibid.*, pp. 485-486), большая часть членов Комиссии предпочла не рассматривать этот вопрос либо потому, что он имеет меньшее значение, либо потому, что он может завести Комиссию на "неисследованную территорию" (см., однако, выступление Vedjaoui, который предложил рассмотреть иммунитеты министров; *ibid.*, p. 473).

одновременно с признанием неприкосновенности и иммунитета глав правительств от юрисдикции указывалось, что оно "не наносит ущерба таким иммунитетам, на которые могут иметь право другие члены правительства в силу выполняемых ими официальных функций"<sup>369</sup>. Как показывают протоколы обсуждения, это положение имело целью привлечь внимание иммунитетов, которые могут быть предоставлены выполняющим представительские функции на международном уровне членам правительства, помимо его главы и министра иностранных дел<sup>370</sup>.

## 2. Действия, на которые распространяется иммунитет

137. Иммунитет *ratione personae* от иностранной уголовной юрисдикции распространяется на все действия, совершаемые соответствующим должностным лицом государства как в его официальном, так и в частном качестве, в том числе на поведение,

---

<sup>369</sup> Пункт 2 статьи 15 резолюции *Института* от 26 августа 2001 года.

<sup>370</sup> Как было описано выше (см. сноску 346), первоначально предложенное положение, которое признавало за главой правительства и министром иностранных дел такие же иммунитеты, как у главы государства, и не содержало ссылки на других членов правительства, было пересмотрено, ограничив такое признание главой правительства и охватив всех других членов правительства в рамках защитительной оговорки, воспроизведенной в тексте. Хотя *Yearbook* не содержит какого-либо формального объяснения этого пересмотра, на пленарном заседании были сделаны следующие замечания. Сакович указал, что пункт 2 статьи 15 "объясняется желанием отразить общую эволюцию представительства государств в международных делах, в которых министр иностранных дел не является единственным представителем государства; другие члены правительства представляют государство, например, в экономической области" (*Institut, Yearbook*, vol. 69 (2000-2001), pp. 676). Гайя посчитал, что данное положение не было обоснованным с учетом того, что в проекте резолюции не содержалось какого-либо иного упоминания о других членах правительства (*там же*). Салмон объяснил, что члены 13-й комиссии "рассмотрели случаи заседаний советов на уровне министров в Брюсселе, которые объединяют, например, европейских министров финансов, сельского хозяйства или экономики. Было ли интересно знать, подразумевает ли проект резолюции подобные случаи. Составляя проект в интересах глав государств и руководителей правительств, члены Комиссии посчитали полезным уточнить, что это не предполагает привилегии и иммунитеты, которые государственное международное право может предоставить другим членам правительства. Например, речь здесь не идет о правилах, применяемых к специальным миссиям" (*ibid.*, p. 677). Торрес Бернардез отметил, что хотя роль министров иностранных дел хорошо определена в международном праве, роль других членов правительства остается неопределенной (*ibid.*, p. 678). Докладчик Верхувен подтвердил сообщение Салмона о подготовительной работе над этим положением (*ibid.*). В более позднем комментарии к этой резолюции Фокс указал, что это положение было обосновано тем, что *Институт* "пришел к заключению, что в современной практике другие министры и члены правительства, например министр финансов, представляют государство в международных делах в равной или большей степени [чем министр иностранных дел]" (Fox, "The Resolution of the Institute of International Law", *op. cit.*, p. 120).

предшествующее его пребыванию в должности. Физический объем этого иммунитета хорошо определен как в судебных решениях<sup>371</sup>, так и в юридической литературе<sup>372</sup>, которая

---

<sup>371</sup> См. особенно об иммунитете от уголовной юрисдикции: *Arafat e Salah, Rivista di diritto internazionale*, vol. LXIX (1986), p. 886; *Marcos et Marcos c. Office fédéral de police*, воспроизведено в *ILR*, vol. 102, p. 202 ("В отличие от иммунитета от гражданской юрисдикции иммунитет от уголовной юрисдикции глав государств является абсолютным ... Этот иммунитет также, по-видимому, распространяется без оговорок на частную деятельность глав государств" со ссылками, относящимися к доктрине); *Pinochet (No. 3)*, p. 592 ("Этот иммунитет, которым пользуется находящийся у власти глава государства, ... является полным иммунитетом, распространяющимся на личность главы государства ... и освобождающим его от всех исков или преследований, независимо от того, связаны они или нет с действиями, совершенными для пользы государства" (лорд Браун-Уилкинсон)); France, *Gaddafi, ILR*, vol. 125, p. 509 ("Международный обычай не допускает, чтобы пребывающие в должности главы государств подвергались процессуальным действиям в уголовных судах иностранного государства при отсутствии конкретных положений об обратном, обязательных для заинтересованных сторон"); *H.S.A. et al. v. S.A. et al., ILM*, vol. 42, 2003, p. 599 ("Международное обычное право выступает против идеи, что главы государств и главы правительств могут подвергаться преследованию в уголовных судах иностранного государства при отсутствии противоположных положений международного права, являющихся обязательными для заинтересованных государств"); *Tatchell v. Mugabe, ICLQ*, vol. 53, p. 770 ("Международное обычное право ... предоставляет абсолютный иммунитет любому главе государства"); Supreme Court of Sierra Leone, *Issa Hassan Sesay a.k.a. Issa Sesay, Allieu Kondewa, Moinina Fofana v. President of the Special Court, Registrar of the Special Court, Prosecutor of the Special Court, Attorney-General and Minister of Justice*, Judgment of 14 October 2005, SC no. 1/2003 ("Действующий глава государства имеет право на абсолютный иммунитет от процессуальных действий, возбужденных в национальных судах, а также в национальных судах третьих государств, за исключением случаев, когда от такого иммунитета отказалось соответствующее государство"); Spain, *Auto del Juzgado Central de Instrucción No. 4* (2008), Fourth paragraph, no. 1, pp. 156-157.

<sup>372</sup> Объясняя *ratio legis* того, что должно было стать пунктом 2 статьи 3 Конвенции Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности 2004 года, Комиссия дала ссылку на "иммунитеты, предоставляемые в соответствии с действующим международным правом, иностранным суверенам и другим главам государств в их частном качестве, то есть *ratione personae*", и указала, что оговорка в этом положении "касается исключительно частных действий или персональных иммунитетов и привилегий, признанных и предоставляемых в практике государств" (*Ежегодник ... 1991 год, том II (часть вторая)*, p. 35). См. также, в частности, Cahier, *op. cit.*, p. 338; Klingberg, *op. cit.*, p. 544; Pierson, *op. cit.*, pp. 273-274; *Restatement (Second)...*, *op. cit.*, p. 202, para. 66 ("Reporters' Note"); Rousseau, *op. cit.*, pp. 124-126; Jean Salmon, *Manuel de droit diplomatique* (Bruxelles: Bruylant, 1994), pp. 596-599 (see also Salmon, *op. cit.* (2002), p. 513); *Satow's Guide to Diplomatic Practice, op. cit.*, Chapter 2, paras. 2.2-2.4; Gilbert Sison, "A King No More: The Impact of the Pinochet decision on the Doctrine of Head of State Immunity", *Washington University Law Quarterly*, vol. 78 (2000), p. 1588; Alfred Verdross and Bruno Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3rd edition (Berlin: Duncker und Humblot, 1984), pp. 640-641; Verhoeven, "Rapport provisoire", *Institut, Yearbook*, vol. 69 (2000-2001), p. 516 ("неоспоримо, что глава государства пользуется абсолютным уголовным иммунитетом перед юрисдикцией иностранного государства. Абсолютный характер иммунитета гарантирует, что в отношении этого лица не может быть допущено никакого исключения, например имеющего отношение к характеру преступления, в котором его

часто отражает эту идею, квалифицируя иммунитет *ratione personae* как "совершенный", "полный", "неотъемлемый" или "абсолютный". В деле "Об ордере на арест" Международный Суд описал и обосновал объем иммунитета действующего министра иностранных дел следующим образом:

«В этом отношении невозможно провести различие между действиями, совершаемыми министром иностранных дел в "официальном" качестве и теми, которые, по утверждению, были совершены в "частном качестве", или, в сущности, между деяниями, совершенными до того, как соответствующее лицо вступило в должность министра иностранных дел, и деяниями, совершенными в период его пребывания в должности. Так, если министр иностранных дел подвергается аресту в другом государстве по обвинению в совершении уголовного преступления, ему или ей тем самым определенно создаются препятствия для выполнения служебных функций. Последствия такого препятствования осуществлению этих официальных функций в равной мере серьезны, независимо от того, находился ли министр иностранных дел во время ареста на территории производящего арест государства с "официальным" или "частным" визитом, связан ли арест с действиями, по утверждениям, совершенными до того, как данное лицо стало министром иностранных дел, или с действиями, совершенными во время его пребывания в должности, и связан ли арест с предполагаемыми деяниями, совершенными в "официальном" или "частном" качестве. Кроме того, даже всего лишь риск, что, совершая поездку в другое государство или проезжая транзитом через него, министр иностранных дел может подвергнуться процессуальным действиям, может удержать его от поездок в международном масштабе, когда поездки требуются для выполнения его или ее служебных обязанностей»<sup>373</sup>.

138. То же заявление может быть использовано *mutatis mutandis* для описания и объяснения положения главы государства, главы правительства или любого другого должностного лица, пользующегося одинаковым иммунитетом.

---

обвиняют, или к дате его совершения"); Watts, *op. cit.* (1994), p. 54; и Zappalà, *op. cit.*, p. 598; и т. д. Маллори (*op. cit.*, pp. 177-178) считает, что, "хотя обзор подхода международного сообщества к иммунитету глав государств указывает на наличие широкого согласия в том, что главы государств имеют право на определенный иммунитет, консенсуса относительно предела этого иммунитета нет". Относительно занятой Международным Судом критической позиции по вопросу об абсолютном физическом объеме иммунитета министра иностранных дел см. Kamto, *op. cit.*, p. 524.

<sup>373</sup> *Arrest Warrant*, para. 55.

139. Физический объем иммунитета *ratione personae* должностного лица государства от иностранной уголовной юрисдикции часто сопоставляется с объемом аналогичного иммунитета, предоставляемого главам дипломатических представительств в соответствии с международным обычным правом, как отражено в пункте 1 статьи 31 Венской конвенции о дипломатических сношениях 1961 года<sup>374</sup>. Эта методология может быть полезна при поиске разумных решений различных проблем, возникающих в настоящем контексте, особенно с учетом ограниченного объема государственной практики в области предоставления иммунитета должностным лицам государства иным, чем дипломатические агенты<sup>375</sup>. Например, Закон об иммунитете государств Соединенного Королевства, который регулирует вопросы иммунитета *ratione personae* глав государств, делает это, распространив на последних применение внутригосударственного Закона, имплементирующего Венскую конвенцию, с "любыми необходимыми изменениями"<sup>376</sup>. Судебные решения и юридическая литература также иногда проводят параллель между этими двумя видами иммунитета, часто используя этот метод, чтобы пояснить объем иммунитета главы государства<sup>377</sup>. Вместо использования простой аналогии это обоснование опирается на тот факт, что, учитывая функции главы государства как высшего представителя государства и его вышестоящее положение на иерархической лестнице по отношению к дипломатическим агентам, ему следует предоставить иммунитеты, по

---

<sup>374</sup> Это положение гласит следующее: "Дипломатический агент пользуется иммунитетом от уголовной юрисдикции государства пребывания..." Равнозначное положение находится в пункте 1 статьи 31 Конвенции о специальных миссиях 1969 года, в котором говорится: "Представители посылающего государства в специальной миссии и члены ее дипломатического персонала пользуются иммунитетом от уголовной юрисдикции принимающего государства".

<sup>375</sup> Verhoeven, "Rapport provisoire", *Institut, Yearbook*, vol. 69 (2000-2001), p. 511.

<sup>376</sup> Это относится к разделу 20 Британского закона об иммунитете государств 1978 года, который ссылается на Закон о дипломатических привилегиях 1964 года. Раздел 36 Австралийского закона об иммунитетах иностранных государств 1985 года распространяет на главу государства действие Закона о дипломатических привилегиях и иммунитетах 1967 года "с такими изменениями, которые необходимы".

<sup>377</sup> См. Verhoeven, "Rapport provisoire", *Institut, Yearbook*, vol. 69 (2000-2001), pp. 510-511. В юридической литературе он ссылается на F. Berber, *Lehbruch des Völkerrechts*, 1960, p. 269; Benedetto Conforti, *Diritto internazionale*, (3rd edition), (Naples: Editoriale Scientifica) p. 222; Deák, *op. cit.*, p. 388; Salmon, *op. cit.* (1994), p. 596 (в отношении иммунитета от уголовной юрисдикции); и Zappala, *op. cit.*, p. 598. В судебной практике см. *Marcos et Marcos c. Office fédéral de la police, RSDIE*, 1991, p. 535 (Английская версия в *ILR*, vol. 102, p. 202); *In re Grand Jury Proceedings, Doe No. 700*, воспроизведено в *ILR*, vol. 81, pp. 599 и 602; *Pinochet (No. 3)*, p. 592 (Лорд Браун-Уилкинсон).

крайней мере сопоставимые с предоставляемыми согласно Венской конвенции<sup>378</sup>. На этот же аргумент, между прочим, ссылался Международный Суд при рассмотрении вопроса об иммунитете министра иностранных дел<sup>379</sup>, и его легко можно распространить *mutatis mutandis* на главу правительства; напротив, его нельзя прямо применить к другим министрам, обязанности которых не связаны с общим ведением внешних сношений государства. В любом случае подчеркивается, что положение главы государства (и тот же довод применяется к другим вышеупомянутым должностным лицам) не следует полностью отождествлять с положением дипломатического агента для целей иммунитета. Представительские полномочия главы государства не обуславливаются аккредитацией, даваемой каким-либо принимающим государством, и имеют силу в отношении всех третьих государств<sup>380</sup>. Кроме того, "посол временно проживает в иностранном государстве, а глава государства лишь время от времени совершает в него визиты; и ...представительские возможности главы государства качественно значительнее, чем у посла, и шире по предметному, временному и географическому охвату, а возможности посла ограничены государством, в котором он аккредитован"<sup>381</sup>.

---

<sup>378</sup> Verhoeven, "Rapport provisoire", *Institut, Yearbook*, vol. 69 (2000-2001), pp. 510-511; автор, в частности, цитирует меморандум от 31 января 1981 года Юридического управления Канадского министерства иностранных дел, согласно которому "на самом деле, возможно, было бы лучше сказать, что достоинству посещающего суверена или главы государства должно оказываться даже большее уважение, поскольку его собственные дипломатические представители в государстве пребывания определенно стоят ниже его" (воспроизведено в *Canadian Yearbook of International Law*, 1981, p. 325). См. также Watts, *op. cit.*, p. 40. Кроме того, см. Bynkerschoek, в части первой, раздел С.1 а).

<sup>379</sup> См. *Arrest Warrant*, para. 53 ("Как правило, именно министр определяет полномочия, предоставляемые дипломатическим агентам, и визирует их верительные грамоты").

<sup>380</sup> Verhoeven, "Rapport provisoire", *Institut, Yearbook*, vol. 69 (2000-2001), p. 511.

<sup>381</sup> Watts, *op. cit.* (1994), p. 40. В *Pinochet (No. 3)* лорд Гофф Чивли пояснил "историю принятия [Британского закона об иммунитете государства 1978 года] ..., который первоначально предназначался для применения только в отношении суверена или другого главы государства, находящегося в этой стране по приглашению или с согласия ее правительства, но в который были внесены поправки, с тем чтобы предусмотреть также статус главы государства, который не находится в этой стране... Поэтому мы должны быть здравомыслящими при применении Венской конвенции к главам государств "с необходимыми изменениями". В случае главы государства не может быть вопроса о привязывании пункта 1 или 2 статьи 39 к территории принимающего государства... Когда это будет реализовано, по-видимому, нет причины, по которой иммунитет главы государства по этому Закону нельзя будет истолковать, насколько возможно, в соответствии с его иммунитетом по международному обычному праву, обеспечивающему основу, на которой устанавливается этот закон" (*Pinochet (No. 3)*, p. 598).

140. В ходе работы *Института* над вопросом об иммунитетах глав государств и правительств от юрисдикции и исполнительных мер в международном праве Докладчик поддержал принцип абсолютного иммунитета действующего главы государства от уголовной юрисдикции. Поступая таким образом, он отклонил, в частности, довод в пользу того, чтобы такой иммунитет не распространялся на противоправные деяния в соответствии с законодательством государства суда, исключение, которое, по его мнению, пошло бы во вред самой цели иммунитета<sup>382</sup>. Докладчик также отметил, что хотя, возможно, было бы желательно отменить такой иммунитет в случае особенно серьезных правонарушений, практика государств не подтверждает наличия исключения из иммунитета даже в этом случае<sup>383</sup>. Другие члены Комиссии согласились с мнением Докладчика<sup>384</sup>, и, соответственно, *Институт* принял резолюцию, в статье 2 которой предусматривается следующее: "В уголовных вопросах глава государства пользуется иммунитетом от юрисдикции в судах иностранного государства в отношении любого преступления, которое он или она, возможно, совершили, независимо от его тяжести". Это положение представляет особый интерес в том смысле, что в нем используется самостоятельное описание иммунитета главы государства, которое кажется более точным, чем формулировка пункта 1 статьи 31 Венской конвенции 1961 года, поскольку оно указывает, что иммунитет сохраняется независимо от тяжести преступления.

### 3. Возможные исключения исходя из характера преступного поведения

141. Хотя широкий объем иммунитета *ratione personae* в отношении охватываемых действий остается неоспоримым, возник вопрос, особенно в последние годы, о том, будет ли сделано исключение из абсолютного характера такого иммунитета в случае

---

<sup>382</sup> Verhoeven, "Rapport provisoire", *Institut, Yearbook*, vol. 69 (2000-2001), p. 513. На стр. 516 Верхувен пояснил: "неоспоримо, что глава государства пользуется абсолютным уголовным иммунитетом перед юрисдикцией иностранного государства. Абсолютный характер иммунитета гарантирует, что в отношении этого лица не может быть допущено никакого исключения, например имеющего отношение к характеру преступления, в котором его обвиняют, или к дате его совершения". В этом отношении см. *Duke of Brunswick v. King of Hanover*, 2 N.L.C. 1 (1848), в котором признается, что иностранный суверен не может нести ответственность в другой стране за суверенное деяние, совершенное в его собственной стране, независимо от того, было ли это деяние правомерным или противоправным.

<sup>383</sup> *Ibid.*, pp. 513-514.

<sup>384</sup> Фрагменты дискуссии относительно возможного исключения из иммунитетов в связи с преступлениями по международному праву см. в следующем подразделе.

преступлений по международному праву<sup>385</sup>. Другими словами, встает вопрос, особенно по следам рассмотрения дела *Пиночета* в Соединенном Королевстве, о том, будут ли по прежнему создаваться препятствия иностранному судебному органу в осуществлении уголовной юрисдикции в отношении действующего высокопоставленного должностного лица, такого как глава государства, глава правительства или министра иностранных дел, обвиняемого в геноциде, военных преступлениях и преступлениях против человечности или других правонарушениях, влекущих за собой уголовную ответственность отдельного лица по международному праву.

142. В связи с этим следует сделать два предварительных замечания. Первое состоит в том, что это исключение остается противоречивым в отношении уголовного судопроизводства в иностранных внутренних юрисдикциях: общепризнано, что иммунитет не распространяется даже на действующее высокопоставленное должностное лицо, если против него выдвигаются подобные обвинения в некоторых *международных* уголовных трибуналах, когда они обладают юрисдикцией. Это было подтверждено в деле "Об ордере на арест"<sup>386</sup>. Об этом идет речь в специальном положении в Римском статуте Международного уголовного суда<sup>387</sup>, и это иллюстрируется фактическими международными уголовными процессами, проводившимися в прошлом против действующих должностных лиц, пользующихся иммунитетом *ratione personae*<sup>388</sup>. Второе замечание заключается в том, что в силу причин, изложенных ниже, при обсуждении этого вопроса особое внимание уделялось наличию исключения из иммунитета *ratione materiae* бывших должностных лиц государства. Соответственно, различные теории, применяемые для обоснования такого исключения, будут подробно рассмотрены в следующем разделе настоящего исследования, а следующие пункты будут посвящены описанию доводов, возникающих более определенно в контексте иммунитета *ratione personae*.

143. Вопрос об исключении из иммунитета *ratione personae* был отлично поставлен перед Международным Судом в деле "Об ордере на арест". Обосновывая законность согласно международному праву выдачи и распространения ордера на арест г-на Йеродиа

---

<sup>385</sup> Определение понятия "преступления по международному праву" для целей настоящего исследования см. *supra*, часть первая, раздел В.1.

<sup>386</sup> См., в частности, *Arrest Warrant*, para. 61.

<sup>387</sup> Пункт 2 статьи 27. Текст см. в части первой, раздел D.4.

<sup>388</sup> Конкретно, первый обвинительный акт МУТЮ против Милошевича был представлен, когда последний был действующим главой государства Союзной Республики Югославии (см. первоначальный обвинительный акт по делу "Kosovo against Slobodan Milosevic *et al.*," dated 22 May 1999, Case No. IT-99-37).



от 11 апреля 2000 года, Бельгия утверждала, что "иммунитеты, предоставляемые действующим министрам иностранных дел, ни в коем случае не могут защищать их, когда они подозреваются в совершении военных преступлений или преступлений против человечности", причем в поддержку этой позиции она ссылалась на различные правовые документы, учреждающие международные уголовные трибуналы, на примеры из национального законодательства и на юриспруденцию национальных и международных судов<sup>389</sup>. В своем решении Суд отклонил довод Бельгии:

"Суд тщательно изучил практику государств, включая национальное законодательство и несколько решений национальных высших судов, таких как Палата лордов [в деле *Пиночета*] или Французский кассационный суд [в деле *Каддафи*]. Из этой практики он не смог сделать заключение, что в соответствии с международным обычным правом существует какая-либо форма исключения из нормы, предоставляющей иммунитет от уголовной юрисдикции и неприкосновенность действующим министрам иностранных дел, когда они подозреваются в совершении военных преступлений или преступлений против человечности"<sup>390</sup>.

144. Аналогичным образом Суд не был убежден, что наличие такого исключения в отношении национальных судов можно было вывести из норм, касающихся иммунитета или уголовной ответственности должностных лиц государства, которые содержатся в правовых документах, учреждающих международные уголовные трибуналы, или из решений международных уголовных трибуналов, цитируемых Бельгией<sup>391</sup>. Поэтому Суд пришел к заключению, что в результате выдачи и распространения ордера на арест не были соблюдены иммунитет от уголовной юрисдикции и неприкосновенность г-на Йеродиа как действующего министра иностранных дел Конго<sup>392</sup>. Однако Суд далее определил в *obiter dictum*<sup>393</sup>, что рассматриваемый иммунитет не может быть препятствием для уголовного преследования в четырех случаях: а) в случае преследования данного лица в собственной стране; б) в случае принятия государством, которое это лицо представляло, решения отказаться от иммунитета; с) в случае преследования в иностранном государстве, когда лицо уже не занимает должность, за деяния, совершенные им до или после срока его

---

<sup>389</sup> *Arrest Warrant*, para. 56.

<sup>390</sup> *Ibid.*, para. 58.

<sup>391</sup> *Ibid.*

<sup>392</sup> *Ibid.*, para. 78 (D)(2).

<sup>393</sup> *Ibid.*, para. 61.

пребывания в должности или совершенные в период пребывания в должности в частном качестве; и d) в случае уголовного разбирательства в некоторых международных уголовных трибуналах, когда они обладают юрисдикцией<sup>394</sup>.

145. Решение, предложенное Судом, находит поддержку в элементах практики государств, включая национальные судебные решения, и получило дальнейшие подтверждения. В национальном законодательстве, например в соответствующих британских и австралийских законах, которые признают иммунитет за главами государств, нет прямой ссылки на какое-либо исключение из этого иммунитета<sup>395</sup>. Бельгийский закон 1993 года, касающийся наказания за серьезные нарушения международного гуманитарного права, с поправками, внесенными в него в 1999 году, напротив, по всей видимости, признавал исключение из иммунитетов в отношении правонарушений, на которые распространялся этот закон<sup>396</sup>: в пункте 2 статьи 5 первоначально предусматривалось, что "[и]ммуниет, присваиваемый официальной должности какого-либо лица, не препятствует применению настоящего Закона"<sup>397</sup>. Однако в 2003 году в этот Закон были внесены дальнейшие поправки, с тем чтобы привести его в соответствие с решением Суда, и теперь бельгийское законодательство гласит, что "в соответствии с международным правом не осуществляется судебное преследование в отношении ...глав государств, глав правительств и министров иностранных дел в течение их срока пребывания в должности, а

---

<sup>394</sup> *Ibid.*

<sup>395</sup> См. раздел 20 Британского закона об иммунитете государств 1978 года и раздел 36 Австралийского закона об иммунитете иностранных государств 1985 года. По-видимому, не было предложений толковать ссылку на применение дипломатического иммунитета с "любими необходимыми изменениями" как влекущую за собой какого-либо рода ограничение этого иммунитета. Отсутствие ссылки на какое-либо исключение, однако, должно толковаться с осторожностью: как отметил лорд Браун-Уилкинсон в деле *Пиночета (№ 3)*, принимая раздел 20 Закона об иммунитете государств, "парламент не мог иметь целью предоставить главам государств и бывшим главам государств более широкие права, чем те, которыми они уже пользовались согласно международному праву" (*ILM*, vol. 38 (1999), p. 593). В действительности при рассмотрении этого дела, несмотря на молчание Закона по этому вопросу, большинство лордов интерпретировали британский закон таким образом, чтобы признать исключение из иммунитета бывшего главы государства в случае применения пыток в соответствии с международным правом.

<sup>396</sup> Однако см. изложение мотивов Бельгийского кассационного суда в отношении г-на Шарона, приведенное ниже в тексте.

<sup>397</sup> Закон о наказании за серьезные нарушения международного гуманитарного права от 16 июня 1993 года с поправками, внесенными Законом от 10 февраля 1999 года (воспроизведено в *ILM*, vol. 38 (1999), pp. 921-925).

также любого другого лица, иммунитет за которым признается международным правом"<sup>398</sup>.

146. Ряд внутригосударственных уголовных дел, о которых уже сообщалось в этом исследовании, также имеют значение, поскольку они касались обвинений за преступления по международному праву. Так, например, в 2001 году Французский кассационный суд отменил по делу *Каддафи* предыдущее решение нижестоящего суда, который постановил, что "никакой иммунитет не может распространяться на соучастие в уничтожении собственности в результате взрыва, вызвавшего гибель людей и связанного с террористическим актом" и предоставил иммунитет полковнику Каддафи<sup>399</sup>. Еще до внесения последней поправки в Закон 1993 года Бельгийский кассационный суд объявил недопустимым уголовное преследование действующего премьер-министра Израиля г-на Шарона по обвинению в геноциде, преступлениях против человечности и военных преступлениях на том основании, что "международное обычное право выступает против идеи, что главы государств и главы правительств могут подвергаться преследованию в уголовных судах иностранного государства при отсутствии противоположных положений международного права, являющихся обязательными для заинтересованных государств". Суд решил, в частности, что пункт 3 статьи 5 первоначального Закона 1993 года "вступил бы в противоречие с принципом международного обычного уголовного права о юрисдикционном иммунитете, если бы был истолкован как имеющий своей целью отменить иммунитет, санкционированный таким принципом", и что "этот внутригосударственный закон не может иметь такой цели, а скорее должен пониматься только как препятствующий освобождению лица в силу его должностного положения от уголовной ответственности за преступления, перечисленные в этом законе"<sup>400</sup>. В 2004 году в британских судах был предоставлен иммунитет президенту Зимбабве г-ну Мугабе по делу, основанному на обвинениях в применении пыток<sup>401</sup>. Аналогичным образом, два британских суда сослались на иммунитет, как он истолковывается Международным Судом, чтобы отклонить выдачу ордеров на арест министра обороны Израиля

---

<sup>398</sup> См. статью 13 Закона Бельгии о серьезных нарушениях международного гуманитарного права с дальнейшими поправками, внесенными 23 апреля 1993 года (воспроизведено в *ILM*, vol. 42 (2003), вместе с подлинным французским вариантом).

<sup>399</sup> *Affaire Kadhafi*, *ILR*, vol. 125, p. 509 (подлинный французский вариант в *RGDIP*, vol. 105 (2001), p. 474). Довод, согласно которому это решение может быть истолковано как содержащее подразумеваемое признание исключений из иммунитета *ratione personae*, см. ниже в тексте.

<sup>400</sup> *H.S.A. et al. v. S.A. et al.*, воспроизведено в *ILM*, vol. 42, 2003, pp. 600-601.

<sup>401</sup> *Tatchell v. Mugabe*, *ICLQ*, vol. 53 (2004), p. 770.

(обвиняемого в серьезных нарушениях четвертой Женевской конвенции) и министра торговли Китая (за преступный сговор о применении пыток)<sup>402</sup>. Мотивировка Международного Суда также послужила основанием для принятого недавно испанской *Audiencia Nacional* решения предоставить иммунитет действующему президенту Руанды г-ну Кагаме, обвиняемому в геноциде, преступлениях против человечности, военных преступлениях и террористических актах<sup>403</sup>. Как отмечалось выше, судебные лорды в деле *Пиночета (№3)* также ясно указали, что генерал Пиночет пользовался бы иммунитетом в отношении уголовных обвинений в применении пыток, если бы во время судебного разбирательства он находился у власти<sup>404</sup>.

147. Позиция, занятая Международным Судом в деле "Об ордере на арест", также находит поддержку в некоторой юридической литературе<sup>405</sup>. В ходе проводившейся в *Институте* работы Докладчик заметил, что хотя, возможно, было бы целесообразно сделать исключение из иммунитета действующих глав государств в случае

---

<sup>402</sup> См. соответственно: *Re General Shaul Mofaz, ICLQ*, vol. 53 (2004), pp. 771-773, и *Re Bo Xilai, ILR*, vol. 128, pp. 713-715. В своем комментарии к решению по первому делу Колин Уорбик отмечает, что судья, ссылаясь на дело *Пиночета (№ 3)*, не рассматривает, оказался ли этот довод решающим, поскольку судебные лорды в этом случае охватили бы поведение, подпадающее под серьезное нарушение Женевских конвенций. Далее он указывает, что данное решение "не делает ссылки на какой-либо довод, что иммунитет может быть ограничен характером обвинений (серьезные нарушения), без сомнения признавая, что этот вопрос был решен Международным Судом" (*ICLQ*, vol. 53 (2004), pp. 773-774).

<sup>403</sup> *Auto del Juzgado Central de Instrucción No. 4*, 2008, pp. 151-157. Как отмечалось в этом решении (*ibid.*, pp. 152-153), the *Audiencia Nacional* пришла к такому же заключению по уголовным делам, возбужденным по обвинению в правонарушениях, составляющих международные преступления, против президента Кубы (Spain, *Audiencia Nacional, Auto del Pleno de la Sala de lo Penal*, 4 March 1999, No. 1999/2723), короля Марокко и президента Экваториальной Гвинеи.

<sup>404</sup> См. отрывки, упомянутые в сноске 237, выше. Относительно замечаний по этому аспекту решения лордов см.: Cosnard, *op. cit.* (1999), pp. 322-323; и Santiago Villalpando, «L'affaire Pinochet: beaucoup de bruit pour rien? L'apport au droit international de la decision de Chambre des Lords du 24 mars 1999», *Revue generale de droit international public*, vol. 104 (2000), pp. 418-420.

<sup>405</sup> Этой позиции также придерживаются авторы, которые считают, что, напротив, иммунитет *ratione materiae* не может препятствовать преследованию за международные преступления. См., например, Dapo Akande, "International law immunities and the International Criminal Court", *The American Journal of International Law*, vol. 98 (2004), p. 411; Cassese "When May Senior State Official...", *op. cit.*, pp. 855 and 864-865; Klingberg, *op. cit.*, p. 551; Mary Margaret Penrose, "It's Good to Be the King!: Prosecuting Heads of State and Former Heads of State Under International Law", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 39 (2000), p. 200; Salmon, *op. cit.* (1994), pp. 596-599 (когда глава государства находится с официальным визитом, он проживает открыто в иностранном государстве или отсутствует в государстве суда); Tunks, *op. cit.*, p. 678; and Verhoeven, "Quelques réflexions sur l'affaire...", *op. cit.*, pp. 533 and 536.

международных преступлений или других особенно серьезных нарушений, это исключение нельзя считать само собой разумеющимся в настоящее время<sup>406</sup>. Поэтому он предложил не делать какого-либо исключения из правила об абсолютном иммунитете действующего главы государства от уголовной юрисдикции<sup>407</sup>. Сотрудники *Института*<sup>408</sup> согласились с этим предложением в целом, и поэтому в статье 2 резолюции, окончательно принятой *Институтом*, не содержится ссылка на какое-либо возможное исключение из иммунитета действующего главы государства от уголовной юрисдикции.

148. Юридическое действие иммунитета *ratione personae* даже в отношении международных преступлений обычно обосновывается необходимостью обеспечить а) эффективное выполнение функций соответствующими должностными лицами в интересах своего государства (которая, по-видимому, особенно настоятельна в случае, когда данный человек является высокопоставленным должностным лицом, и в течение срока его пребывания на посту) и б) надлежащее функционирование системы взаимных межгосударственных отношений<sup>409</sup>. Эта мысль отражена, в частности, в изложении

---

<sup>406</sup> Verhoeven, "Rapport provisoire", *Institut, Yearbook*, vol. 69 (2000-2001), p. 519: «Конечно, можно считать, что было бы хорошо внести пункт исключения в положение об иммунитете в случае совершения преступлений, нарушающих международное право, или других особо серьезных преступлений. Но в ближайшем будущем это не будет сделано. Кроме того, является ли это "появлением нового правила", даже, если "необходимо быть осторожным" в суждениях, которые формулируются».

<sup>407</sup> *Ibid.*, pp. 548-549.

<sup>408</sup> На 13-й сессии Комиссии см. конкретно заявления Салмона (*ibid.*, pp. 563-567) и Фокса (*ibid.*, pp. 580-581). Во время обсуждения статьи 2 на пленарном заседании (*ibid.*, pp. 649-654) был принят принцип абсолютного иммунитета, отраженный в тексте этого положения, но при обсуждении особое внимание также было уделено тому, должна ли статья 11 содержать, как предлагалось на 13-й сессии Комиссии, оговорку, гарантирующую "необходимое развитие международного уголовного права и, в частности, права, обеспечивающего пресечение преступлений международного характера" (эта ссылка была исключена из окончательного текста резолюции). В ходе общих прений Аби-Сааб (*ibid.*, p. 626) встал на точку зрения, что иммунитет *ratione personae* не действует в случае международных преступлений: «Иммунитет главы государства не имеет силы в отношении международных преступлений, то есть преступлений по общему международному праву. В настоящее время существуют только три "твердо устоявшиеся" категории таких преступлений, а именно военные преступления, преступления против человечности и геноцид. Ни у кого нет иммунитета в отношении этих преступлений, и его не было *ab initio*, не только когда закончился срок официальных полномочий обвиняемого».

<sup>409</sup> *Arrest Warrant*, Joint Separate Opinion of Judges Judges Higgins, Kooyjman and Buergenthal, para. 75. Как отметили судьи Хиггинс, Коойманс и Бюргенталь, вопрос о возможном исключении из иммунитета приводит в действие балансирование интересов: на одной чаше весов "заинтересованность человеческого сообщества в недопущении и пресечении безнаказанности лиц, совершивших тяжкие преступления против его членов", а на другой – "заинтересованность сообщества государств в возможности действовать свободно на межгосударственном уровне без необоснованного вмешательства" (*ibid.*).

мотивов в решении Международного Суда по делу "Об ордере на арест", но встречается также и в некоторых заключениях национальных судебных органов<sup>410</sup> или в юридической литературе<sup>411</sup>.

149. Однако эта позиция остается предметом спора даже после решения Международного Суда 2002 года. Критика позиции Суда встречается в мнениях, приложенных к указанному решению некоторыми судьями. Судьи Хиггинс, Коойманс и Бюргенталь, соглашаясь с этим решением, отметили, что в своем изложении мотивов "Суд несколько преуменьшил значение аргументов Бельгии" и выразили свои сомнения относительно практического значения обстоятельств, особо подчеркнутых Судом в пункте 61, при которых иммунитет не является препятствием для уголовного преследования<sup>412</sup>. В своем особом мнении судья аль-Хасауна высказал точку зрения, что "эффективная борьба с тяжкими преступлениями, можно утверждать, приняла международно-правовой характер, отражающий признание международным сообществом жизненно важных общественных интересов и ценностей, которые оно стремится защитить и укрепить. Поэтому когда эта иерархически вышестоящая норма вступает в противоречие с правилами об иммунитете, она должна иметь преимущественную силу"<sup>413</sup>. В своем особом мнении судья *ad hoc* ван ден Вингарт нашла "основную проблему" в общем подходе Суда, "который игнорирует происходящее в последнее время в современном международном уголовном праве движение в целом в сторону признания принципа индивидуальной ответственности за основные международные преступления", отдавая

---

<sup>410</sup> См. в *Pinochet (No. 3) case*, Lord Philips of Worth Matravers, p. 657. В этом же деле лорд Хоуп Крейгхед предложил иное объяснение, основанное на предполагаемом международно-правовом характере нормы, предоставляющей иммунитет *ratione personae* действующему главе государства (*ibid.*, p. 624); критику этой позиции см. у Villalpando, *op. cit.*, p. 419.

<sup>411</sup> См., например, Verhoeven, "Rapport provisoire", *Institut, Yearbook*, vol. 69 (2000-2001), p. 519 ("остается трудным допустить, что глава государства, в частности, когда он находится проездом в другой стране, может быть преследуем там в уголовном порядке – и при случае задержан – на одной лишь основе обвинений частного, национального или иностранного характера, которые ему вменяют, справедливо то или нет, совершение преступлений. (Хорошее) состояние и развитие международных отношений рискует быть серьезно нарушенным в данном вопросе").

<sup>412</sup> Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal, *Arrest Warrant*, para. 78.

<sup>413</sup> Dissenting Opinion of Judge Al-Khasawneh, *ibid.*, para. 7. Судья также подверг критике то, что он считал искусственным различием, проведенным Судом между иммунитетом как субстантивной защитой, с одной стороны, и иммунитетом как процедурной защитой – с другой (*ibid.*, para. 5), а также обстоятельства, подчеркнутые Судом в пункте 61 решения (*ibid.*, para. 6).

предпочтение «крайне минималистскому подходу, взяв на вооружение очень узкое толкование "оговорок об иммунитете" в международных документах»<sup>414</sup>.

150. Позиция, согласно которой иммунитет *ratione personae* не препятствует уголовному судопроизводству в связи с преступлениями по международному праву, может найти поддержку в некоторых элементах государственной практики. Как отмечалось выше, хотя общепризнано, что статью 27 Римского статута следует толковать как исключющую защиту иммунитета только в Международном уголовном суде<sup>415</sup>, некоторые национальные законы, имплементирующие этот Статут, включают положения, которые, по-видимому, отменяют иммунитет во внутригосударственных уголовных процессах, касающихся преступлений по международному праву<sup>416</sup>. По иску о взыскании ущерба против Ирана и некоторых его должностных лиц, предъявленному близкими студента университета, убитого в результате взрыва бомбы самоубийцей в Израиле, Окружной суд в Соединенных Штатах постановил, что в исках, возбужденных в соответствии с исключением из Закона об иммунитетах иностранного суверена, касающимся финансируемого государством терроризма, защита иммунитета главы государства невозможна<sup>417</sup>. В распоряжении от 6 ноября 1998 года, положившем начало уголовным разбирательствам в отношении Пиночета по обвинению в совершении преступлений по международному праву, бельгийский судебный следователь в общих терминах, которые, по-видимому, охватывали также действующих глав государств, отметил, что иммунитет, признанный за главами государств, как представляется, не применяется в случае преступлений по международному праву, таких как военные преступления, преступления против мира и

---

<sup>414</sup> Dissenting Opinion of Judge *ad hoc* van den Wyngaert, *ibid.*, para. 27. На следующих страницах судья ван ден Вингарт поддерживает данную судьей аль-Хасаун оценку упомянутого движения со ссылками на различные источники. Она затем критикует два конкретных суждения, содержащихся в решении Суда, а именно различие между субстантивной и процедурной защитой и идею, что иммунитеты не являются препятствием для судебного преследования (как отражено в пункте 61 решения).

<sup>415</sup> См., например, Gaeta, *op. cit.* (2002), p. 996.

<sup>416</sup> См., например, раздел 4 Южноафриканского закона № 27 от 2002 года об имплементации Римского статута Международного уголовного суда или пункт 3 статьи 6 Хорватского закона о применении Статута Международного уголовного суда и преследовании за преступные деяния против международного права, касающегося законов ведения войны и гуманитарного права, от 4 ноября 2003 года (см. также часть первая, раздел D).

<sup>417</sup> *Flatow v. Iran*, pp. 24-25. Однако следует подчеркнуть, что а) это решение, кажется, осталось в одиночестве; б) оно касалось гражданского судопроизводства; и с) оно основывалось на теории, согласно которой "иммунитет главы государства является вопросом любезности и вежливости, а не вопросом права" (*ibid.*, p. 24).

преступления против человечности<sup>418</sup>. Комментаторы также интерпретировали решение по делу *Каддафи* 2001 года, принятое Французским кассационным судом, как косвенно допускающее, что международное право не признает исключений из иммунитета действующих глав государств в отношении других преступлений, хотя точная сфера применения этих исключений остается неразъясненной<sup>419</sup>. В упомянутом решении заключение, предоставляющее иммунитет полковнику Каддафи, фактически основывалось на положении, что "на текущем этапе развития международного права предполагаемое преступление, каким бы серьезным оно ни было, не является одним из исключений из принципа юрисдикционного иммунитета глав иностранных государств, находящихся у власти"<sup>420</sup>.

151. Это исключение из иммунитета *ratione personae* поддерживается частью юридической литературы. Приводятся доводы, например, что общая тенденция в международном праве в сторону принятия принципа индивидуальной уголовной ответственности, независимо от должностного положения соответствующего лица, также окажет воздействие на иммунитет, включая иммунитет действующих высокопоставленных должностных лиц. Поэтому делается ссылка на различные документы и судебные решения, в которых признается ответственность глав государств, глав правительств и других государственных должностных лиц за преступления по международному праву, включая статью 227 Версальского договора<sup>421</sup>; уставы и решения Международных военных

---

<sup>418</sup> Order of *juge d'instruction Vandermeersch, Pinochet*, 6 November 1998 (воспроизведено в *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1999, Bruxelles, Palais de Justice, p. 278), раздел 3.2, ссылающийся в поддержку этого заявления на Eric David, *Eléments de Droit pénal international*, Presses Universitaires de (Bruxelles: Brussels, 1997-1998), pp. 36-37 и Решение Нюрнбергского международного военного трибунала.

<sup>419</sup> См., например, Marco Sassoli, «L'arret Yerodia: quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international», *Revue beige de droit international*, vol. 106 (2002), p. 808; и Zappalà, *op. cit.*, pp. 600-601.

<sup>420</sup> *Affaire Kadhafi*, воспроизведено в *ILR*, vol. 125, p. 509. Подлинный французский отрывок гласит следующее: "в соответствии с международным правом выявленное преступление, какова бы ни была его тяжесть, не вносит исключения в принцип юрисдикционного иммунитета действующих глав иностранных государств" (*RGDIP*, vol. 105, 2001, p. 474): "международная практика против того, чтобы действующие главы государств могли бы в отсутствие противоречащих друг другу международных норм, выдвинутых заинтересованными сторонами, являться предметом уголовных преследований со стороны иностранного государства" (Английский перевод в *ILR*, vol. 125, pp. 508-510).

<sup>421</sup> О значении этого прецедента, в частности, см. Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties, 29 March 1919, Carnegie Endowment for International Peace (Фонд Карнеги в защиту мира между народами), Division of International Law, Pamphlet No. 32: "в иерархии лиц, стоящих у власти, нет причины, по которой ранг, как бы высок он ни был, не должен при любых обстоятельствах защищать его



трибуналов в Нюрнберге и Токио<sup>422</sup>; статуты международных уголовных трибуналов по бывшей Югославии и Руанде<sup>423</sup>; Римский статут Международного уголовного суда и т. д.<sup>424</sup>. В этом контексте упоминался также проект Кодекса преступлений против мира и

---

обладателя от ответственности, когда эта ответственность установлена в надлежащем учрежденном трибунале. Это распространяется даже на случаи с главами государств. Приводился довод в обратном смысле, основанный на предполагаемом иммунитете и, в частности, на предполагаемой неприкосновенности суверена государства. Но эта привилегия, где она признается, является одной из практических целесообразностей в муниципальном праве, но не основной. Однако, даже если в некоторых странах суверен освобождается от преследования в национальном суде своей страны, положение с международной точки зрения совершенно иное.... Если иммунитет суверена, как утверждают, распространяется за вышеуказанные пределы, это повлекло бы за собой установление принципа, что грубейшие нарушения законов и обычаев войны и законов человечности, если они доказаны против него, не подлежат наказанию ни при каких обстоятельствах. Такое заключение шокировало бы сознание цивилизованного человечества". (Воспроизведено в *AJIL*, vol. 14 (1920), p. 116.)

<sup>422</sup> Особенно см. dictum Нюрнбергского трибунала, согласно которому "принцип международного права, который при определенных обстоятельствах защищает представителя государства, не может применяться к деяниям, которые осуждены как преступные международным правом. Совершившие эти деяния не могут укрываться за своим официальным положением, с тем чтобы освободиться от наказания в надлежащем судопроизводстве" (Решение Международного военного трибунала для судебного процесса над главными нацистскими военными преступниками (с особым мнением члена Трибунала от СССР) – Нюрнберг 30 сентября и 1 октября 1946 года, Cmd. 6964, Misc. No. 12 (London: H.M.S.O. 1946), p. 42. В своем "Докладе президенту Трумену о правовой основе для слушания дела военных преступников" судья Роберт Х. Джексон заявил: "Такая защита не должна признаваться как устаревшая доктрина, что глава государства не подлежит юридической ответственности. Эта идея является реликтом доктрины о божественном праве королей, и это больше чем подозрение. Во всяком случае она несовместима с позицией, которую мы занимаем в отношении своих собственных официальных лиц, которые часто привлекаются к суду по иску граждан, утверждающих, что на их права посягнули. Мы не согласны с парадоксом, что юридическая ответственность должна быть наименьшей, где власть наибольшая. Мы придерживаемся принципа ответственного правительства, объявленного три столетия назад королю Якову лордом-главным судьей Коуком, который провозгласил, что даже король все еще ходит под Богом и законом." (имеется по адресу: [www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/jackson/jack08.htm](http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/jackson/jack08.htm))

<sup>423</sup> Статьи 7 и 6, соответственно.

<sup>424</sup> См., в частности, Watts, *op. cit.* (1994), p. 54 (иммунитет главы государства, "являясь абсолютным, по крайней мере, в отношении обычного внутрисударственного уголовного права других государств, должен быть ограниченным в отношении некоторых международных преступлений, таких как военные преступления"; этот фрагмент относится к действующему главе государства, то же исключение повторяется в отношении бывшего главы государства на стр. 89, сноска 198) или Rousseau, *op. cit.*, pp. 125-126 ("абсолютный характер этого иммунитета [главы государства] не был подвергнут сомнению в классической формулировке, согласно которой глава государства, единственный из членов его семьи или лиц его сопровождения, не мог быть никоим образом преследуем органами уголовной юрисдикции иностранного государства. Тем не менее от этого принципа следует в настоящее время отказаться в том случае, если нарушение международного права вменяется в вину главе государства" затем дается ссылка, в частности, на статью 227 Версальского договора).

безопасности человечества<sup>425</sup>. Сторонники этой точки зрения нашли еще одно обоснование этому исключению в несовместимости иммунитета с утверждением, что в отношении серьезных международных преступлений применяются универсальная юрисдикция или другие механизмы, направленные на всестороннее наказание за такие преступления<sup>426</sup>. Некоторые другие авторы настаивают на том, что запрещение некоторых международных преступлений заложено в норму *jus cogens* и как таковое должно иметь преимущественную силу над нормой, предоставляющей иммунитет высокопоставленным должностным лицам государства<sup>427</sup>. Другая точка зрения базируется на систематическом подходе к развитию международно-правовой системы и на доводе, что запрещение некоторых деяний как преступлений по международному праву направлено на защиту основных интересов международного сообщества в целом. В этом разрезе само понятие международных преступлений поэтому несовместимо с любым видом иммунитета, защищающим отдельных лиц в силу их официального положения<sup>428</sup>. Эти различные теории подробно рассматриваются ниже в отношении иммунитета *ratione materiae*<sup>429</sup>.

152. Были предложены некоторые решения этой проблемы, пытающиеся найти баланс между противоположными интересами сохранения иммунитета *ratione personae* и преследования за международные преступления. Так, например, было предложено, чтобы правилу об иммунитете отдавался приоритет в тех случаях, когда отсутствует риск безнаказанности (и особенно когда собственное государство должностного лица желает и готово осуществить уголовную юрисдикцию в отношении данного лица), тогда как в противном случае допускалось осуществление иностранной уголовной юрисдикции. Например, иммунитет *ratione personae* прекращает действовать, когда суды государства, которому принадлежит отдельный орган, не имеют юрисдикции в отношении

---

Такую же позицию заняла организация "Международная амнистия" в "United Kingdom: The Pinochet Case. Universal Jurisdiction and the Absence of Immunity for Crimes Against Humanity", 1 January 1999, pp. 16-25). См. также, например, Kerry Creque O'Neill, "A New Customary Law of Head of State Immunity? Hirohito and Pinochet", *Stanford Journal of International Law*, vol. 38 (2002), pp. 295-298; Wouters, *op. cit.*, pp. 259-261.

<sup>425</sup> Особенно статья 7 проекта Кодекса и пункт 7 комментария Комиссии к нему (*Ежегодник ... 1996 год, том II, часть вторая, стр. 27*). Текст статьи см. в части первой, раздел D. Более подробное рассмотрение этого заявления см. ниже, в подпункте ii) пункта а) раздела В.3.

<sup>426</sup> См., например, ILA *Final report on the exercise of universal jurisdiction in respect of gross human rights offences, London Conference (2000)*, p. 416.

<sup>427</sup> См., например, Kamto, *op. cit.*, pp. 526-529; и Robertson, *op. cit.*, pp. 408-409.

<sup>428</sup> Bianchi, *op. cit.* (1999), pp. 260-262 и 276-277. См. также Rosanne van Alebeek, "The Pinochet case: International Human Rights Law on Trial", *British Year Book of International Law*, vol. LXXI (2000), p. 49.

<sup>429</sup> См. ниже, раздел В.

инкриминируемых этому органу преступлений, или когда есть веские основания полагать, что либо это государство не будет осуществлять преследование за данные преступления, либо особые национальные правила, относящиеся к определенному статусу рассматриваемого лица, воспрепятствуют его аресту и преследованию компетентными властями<sup>430</sup>.

153. Согласно другой предлагаемой теории, иммунитет *ratione personae* должен предоставляться только в случае официальных визитов, которые необходимы для развития международных отношений, и, напротив, в нем может быть отказано, когда должностное лицо совершает поездку в частном качестве<sup>431</sup>. Несколько более тщательно разработанная теория в этом направлении предполагает, что в иммунитете *ratione personae* может быть отказано в случае частных визитов, но только если может быть доказано, что компетентные власти государства, осуществляющего юрисдикцию (или компетентный международный орган, такой как Международный уголовный суд или Совет Безопасности, действующий в соответствии с главой VII Устава ООН), не считают (или больше не считают) это официальное лицо надлежащим партнером в международных отношениях<sup>432</sup>.

## **В. Иммуниет *ratione materiae***

154. В отличие от иммунитета *ratione personae*, рассматривавшегося в предыдущем разделе, иммунитет *ratione materiae* распространяется только на официальные действия, то

---

<sup>430</sup> См. Gaeta, *op. cit.* (2002), pp. 986-989. Автор указывает, однако, что предлагаемое толкование не будет применяться в случае действующих глав государств, которые выполняют важные и щекотливые конституционные функции, поскольку это поставит под угрозу структуру и функционирование иностранного государства.

<sup>431</sup> Leen De Smet and Frederik Naert, "Making or breaking international law? An international law analysis of Belgium's act concerning the punishment of grave breaches of international humanitarian law", *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), pp. 503-504.

<sup>432</sup> См. Zappalà, *OP. cit.*, pp. 600 и 605-606. По утверждению автора, отказ в иммунитете *ratione personae*, когда государство согласилось с официальным визитом главы иностранного государства, нетерпимо подорвал бы международные отношения. Дополнительное требование для отказа в иммунитете в случае частных визитов призвано обеспечить, чтобы глава государства не был захвачен врасплох и избежал оскорблений; для этой цели "должно потребоваться нечто вроде предупреждения, что его или ее визит, возможно, не будет желателен в зарубежной стране" (*ibid.*). Автор также отмечает, что "национальные суды могут также опираться на принципы самоограничения", особенно в тех государствах, где частные стороны могут начать уголовные преследования. Далее он отмечает, что, хотя этот подход "имеет нежелательный обратный эффект, связанный с внедрением политических соображений в процесс отправления правосудия", такой подход, "по-видимому, оправдан исключительно щекотливым характером затронутого вопроса" (*ibid.*).

есть на поведение должностного лица государства при выполнении своих функций. Это ограничение объема иммунитета *ratione materiae*, по-видимому, не оспаривается в юридической литературе<sup>433</sup> и было подтверждено национальными судами<sup>434</sup>. В связи с этим возникает ряд вопросов, которые вращаются вокруг трех главных проблем: а) критерии для проведения различия между поведением должностного лица государства при выполнении своих функций и поведением в частном качестве; б) лица, пользующиеся иммунитетом *ratione materiae*; и с) существование возможных исключений из иммунитета *ratione materiae* исходя из характера предполагаемого преступления.

## 1. "Официальные" действия в сравнении с "частными"

### а) Общие соображения

155. Первый вопрос, который надлежит рассмотреть при определении правового режима иммунитета *ratione materiae*, связан с выявлением критериев для проведения различия между "официальным" и "частным" поведением государственного органа.

156. Возникает вопрос, соответствуют ли такие критерии тем, которые регулируют присвоение поведения в контексте ответственности государства за международно-противоправные деяния. Можно утверждать, что этот вопрос, по-видимому, связан с более общей проблемой обоснования иммунитета *ratione materiae*<sup>435</sup>. Действительно, если иммунитет *ratione materiae* рассматривается как скрытый смысл принципа, согласно которому поведение государственного органа при выполнении своих функций должно быть присвоено государству<sup>436</sup>, то, по всей видимости, есть веские причины для

<sup>433</sup> См. в частности, авторов, которые цитируются *выше*, сноска 207.

<sup>434</sup> Упомянутое ограничение признается национальными судами как в уголовном, так и гражданском производстве. См., например, Federal Tribunal, *Ferdinand et Imelda Marcos v. Office fédéral de la police (recours de droit administratif)*, Judgment of 2 November 1989 (ATF 115 Ib 496), частично воспроизведено в *Revue suisse de droit international et de droit europeen*, 1991, pp. 534-537 (Английская версия в *ILR*, vol. 102, pp. 198-205); Court of Appeals for the Second Circuit, *Republic of the Philippines v. Marcos and others*, 26 November 1986, 806 F 2d 344 (1986), p. 360, воспроизведено в *ILR*, vol. 81, pp. 581-599 и p. 597 (признание иммунитета бывшего главы государства, но не в отношении частных действий); Court of Appeals for the Fifth Circuit, *Jimenez v. Aristeguieta et al.*, 311 F.2d 547 (1962), воспроизведено в *ILR*, vol. 33, pp. 353-359 (исключение защиты "действия государства" в отношении частных действий); и Cour d'appel de Paris, *Ex-Roi Farouk d'Égypte c. Christian Dior*, 11 April 1957, *op. cit.* (также исключение защиты "действия государства" в отношении частных действий). См. также судебные решения, цитируемые *выше*, сноска 206.

<sup>435</sup> См. вступительные замечания к части второй, *выше*.

<sup>436</sup> См. сноску 214, *выше*.

приведения режима иммунитета в соответствие с правилами присвоения поведения для целей ответственности государства<sup>437</sup>. Однако независимо от позиции, которая может быть занята в отношении обоснования иммунитета *ratione materiae* должностных лиц государства<sup>438</sup>, критерии присвоения поведения в контексте ответственности государства все еще могут внести соответствующий вклад в определение того, следует ли рассматривать действие как "официальное" или "частное" для целей этого иммунитета.

157. Статьи об ответственности государств за международно-противоправные деяния не содержат четких критериев для определения того, должно ли поведение государственного органа рассматриваться под углом выполнения им официальных функций. Текст статьи 7, которая касается действий *ultra vires* (с превышением полномочий)<sup>439</sup>, просто констатирует это требование, предусматривая, что "орган, лицо или образование" должны действовать "в этом качестве". Однако некоторые разъяснения по этому вопросу содержатся в комментарии Комиссии к статье 4<sup>440</sup>. По этому вопросу в комментарии указывается, что

---

<sup>437</sup> См. по этому вопросу *Jones*, Lord Hoffmann, para. 74:

"До настоящего времени обычно предполагалось, что обстоятельства, при которых государство несет ответственность за деяние должностного лица, в международном праве отражают обстоятельства, в которых это должностное лицо имеет иммунитет в иностранном внутригосударственном праве. В этом предположении есть логика: если имеется средство против государства в международном трибунале, не должно также быть средства против самого должностного лица во внутригосударственном суде. Дела и другие материалы об ответственности государства ясно показывают, что государство ответственно за действия, совершенные под видом государственной власти, независимо от того, санкционированы ли они фактически или нет, а также законны ли они по внутреннему или международному праву".

<sup>438</sup> Принцип невмешательства во внутренние дела государств также был представлен как обоснование иммунитета *ratione materiae*. См., например, *Pinochet (No. 3)*, Lord Saville of Newdigate, p. 642; Lord Millet, p. 645; и Lord Phillips of Worth Matravers, p. 658.

<sup>439</sup> Статья 7, озаглавленная "*Превышение полномочий или нарушение указаний*", гласит:

"Поведение органа государства либо лица или образования, уполномоченных осуществлять элементы государственной власти, рассматривается как деяние этого государства по международному праву, если этот орган, лицо или образование действуют в этом качестве, даже если они превышают свои полномочия или нарушают указания". (Курсив добавлен.) *Ежегодник ...2001 год*, том II (часть вторая), пункт 76.

<sup>440</sup> Статья 4, озаглавленная "*Поведение органов государства*", гласит:

«1. Поведение любого органа государства рассматривается как деяние данного государства по международному праву независимо от того, осуществляет ли этот орган законодательные, исполнительные, судебные или какие-либо иные функции, независимо от положения, которое он занимает в системе государства, и независимо от того, является ли он органом центральной власти или административно-территориальной единицы государства.

решающим соображением являются "кажущиеся (разумно предполагаемые) полномочия" отдельного лица, а не мотивы его или ее поведения или злоупотребляющий характер, который может принять такое поведение:

"В данном случае не важно, что это лицо может иметь скрытые или неправомерные мотивы и может злоупотреблять государственной властью. Если такое лицо *явно действует в официальном качестве или под прикрытием предоставленных ему полномочий*, его действия присваиваются государству. [...] Сугубо частное поведение не следует путать с поведением органа, функционирующего в качестве такового, но действующего *ultra vires* или в нарушение норм, регулирующих его деятельность. В последнем случае орган считается действующим от имени государства (этот принцип закреплен в статье 7). При применении данного критерия каждый случай, безусловно, следует рассматривать с учетом конкретных фактов и обстоятельств"<sup>441</sup>. (Курсив добавлен; сноска опущена.)

158. Значимость "разумно предполагаемых полномочий" при определении "официального" или "частного" характера действия или бездействия для целей иммунитета *ratione materiae* должностных лиц государства находит некоторую поддержку в юридической литературе<sup>442</sup>. Однако поскольку этот критерий не учитывает личных мотивов соответствующего лица, он, по-видимому, расходится с позицией, занятой *Институтом* в резолюции 2001 года, в отношении функционального иммунитета бывших глав государств или правительств<sup>443</sup>. В статье 13 резолюции, хотя и признается, что бывшие главы государств пользуются иммунитетом в отношении официальных действий,

---

2. Понятие "орган" включает любое лицо или любое образование, которое имеет такой статус по внутригосударственному праву». *Там же*.

<sup>441</sup> Пункт 13) комментария к статье 4 в *Ежегоднике...2001 год*, том II (часть вторая), пункт 77, стр. 42. Решающий характер "кажущихся полномочий" повторяется в пункте 8) комментария Комиссии к статье 7, в котором указывается, что действие (или бездействие) государственного органа, осуществленное им с превышением полномочий или в нарушение предоставленных ему указаний, тем не менее присваивается государству, при условии, что этот орган "осуществляет свои официальные функции или делает вид, что он осуществляет такие функции. [...] Другими словами, вопрос состоит в том, действуют ли [должностные лица государства] под прикрытием официальных полномочий" (курсив добавлен; сноска опущена); *там же*, стр. 46.

<sup>442</sup> См. в частности, Watts, *op. cit.* (1994), p. 56: "Важнейшим критерием, по-видимому, будет то, осуществлялось ли это поведение под прикрытием или в порядке официального осуществления публичной власти главы государства".

<sup>443</sup> Согласно статье 16 резолюции, статьи 13 и 14 также применимы к бывшим главам правительств.

совершенных ими во время пребывания в должности<sup>444</sup>, устанавливается исключение из такого иммунитета в случае, если данные действия были "совершены исключительно для удовлетворения личных интересов"<sup>445</sup>. В юридической литературе также предлагается не распространять иммунитет *ratione materiae* на действия, которые исключительно или в преобладающей степени мотивировались личными причинами<sup>446</sup>. Аналогичное мнение было высказано лордом Хоупом Крейгхедом в деле *Пиночета*<sup>447</sup>.

159. С этим связан вопрос о том, распространяется ли иммунитет *ratione materiae* на деяния, совершенные должностным лицом государства с превышением полномочий (*ultra vires*). Внутригосударственные суды заняли противоположные позиции по общему вопросу об иммунитете в связи с деяниями *ultra vires*. Хотя ходатайства об иммунитете иногда отклонялись в таких случаях<sup>448</sup>, также признавалось, что иммунитет должностных лиц

---

<sup>444</sup> См. пункт 2 статьи 13 резолюции, в котором предусматривается, что бывший глава государства не пользуется "[...] иммунитетом от юрисдикции в уголовном, гражданском или административном производстве, кроме как в отношении действий, совершенных в порядке осуществления официальных функций и связанных с их осуществлением [...]"; воспроизведено в Institut, *Yearbook, op. cit.*, p. 753.

<sup>445</sup> *Ibid.*

<sup>446</sup> См., в частности, Robertson, *op. cit.*, p. 402 ("[...] Бывшие главы, наряду с представителями, такими как генералы и начальники полиции, а также министры, пользуются лишь ограниченным иммунитетом (*ratione materiae*), который распространяется на все деяния, совершенные официально, но не охватывает действия, осуществленные в личных интересах").

<sup>447</sup> *Pinochet (No. 3)*, p. 622. В связи с этим лорд Хоуп Крейгхед сослался на исключение из иммунитета *ratione materiae* в случае "уголовных деяний, которые глава государства совершил под прикрытием своих полномочий в качестве главы государства, но которые в действительности были совершены для его собственного удовольствия или выгоды". Эта позиция была подвергнута критике лордом Хоффманном в деле *Джонса*, рассматривавшемся в Палате лордов (пункт 92).

<sup>448</sup> См. прецедентное право ряда судов Соединенных Штатов в связи с гражданскими процессами; см., например, District Court, N.D. California, *Jane Doe I, et al., Plaintiffs, v. Liu Qi, et al., Defendants; Plaintiff A, et al., Plaintiffs, v. Xia Deren, et al., Defendants*, Nos. C 02-0672 CW, C 02-0695 CW, 349 F.Supp.2d 1258, pp. 1285ff (Применив Закон Соединенных Штатов об иммунитете иностранных государств в отношении дела, возбужденного участниками движения "Фалуньгун" против представителей местных органов власти Китайской Народной Республики, Окружной суд вынес решение, согласно которому "одного лишь факта, что действия были совершены под прикрытием закона или власти, что может служить основанием для ответственности государства путем присвоения поведения, недостаточно для наделения должностного лица иммунитетом суверена". Суд счел, что правовой вопрос состоит в том, можно ли рассматривать совершенные каким-либо должностным лицом деяния, которые нарушают официальные законы его страны, но которые были санкционированы завуалированной неофициальной политикой государства, как входящие в круг полномочий должностного лица согласно Закону США об иммунитетах иностранных государств", и отклонил требование ответчиков предоставить им иммунитет, поскольку заявленные нарушения прав человека "не соответствуют

государства в отношении действий, совершенных ими в порядке выполнения их функций, не зависит от законности или незаконности таких деяний<sup>449</sup>. Позиция, заключающаяся в

---

китайским законом" (*ibid.*, pp. 1287-1288)). В дополнение к другим случаям, на которые даны ссылки в решении Окружного суда (*ibid.*, pp. 1282-1283), см. также: Court of Appeals for the Ninth Circuit, *In re Estate of Ferdinand Marcos, Human rights litigation. Maximo Hilao, et al., Class Plaintiffs; Vicente Clemente, et al., Class Plaintiffs; Jaime Piopongco, et al., Class Plaintiffs. Plaintiffs-Appellees, v. Estate of Ferdinand Marcos, Defendant-Appellant*, 16 June 1994, 25 F.3d 1467, p. 1472, воспроизведено в *ILR*, vol. 104, pp. 199-133 (Суд вынес решение, что деяния, связанные с пытками, казнями и насильственными исчезновениями людей, выходят за пределы полномочий, которыми пользовался президент Маркос даже во время его пребывания на посту, и поэтому ему не может быть предоставлен иммунитет); District Court (D. Massachusetts), *Teresa Xuncax, et al., Plaintiffs, v. Hector Gramajo, Defendant; Dianna Ortiz, Plaintiff, v. Hector Gramajo, Defendant*, Judgment of 15 April 1995, 886 F.Supp. 162, p. 175 (Окружной суд отказал бывшему министру обороны Гватемалы в иммунитете, поскольку инкриминируемые ему деяния (суммарные казни, насильственные исчезновения людей, пытки, произвольные задержания, жестокое, бесчеловечное и унижающее достоинство обращение) "выходят за рамки всего, что можно было бы считать законным в пределах официальных полномочий Грамахо"); и District Court, S.D. New York, *Bawol Cabiri, Plaintiff, v. Baffour Assasie-Gyimah, Defendant*, 18 April 1996, 921 F.Supp. 1189, p. 1198 (Отказав в иммунитете ответчику, офицеру безопасности Ганы, Окружной суд заметил: "Ассаси-Гимах не заявляет, что такие деяния, как пытки, совершение которых вменяется ему в вину, не входят в круг его полномочий. Он не утверждает, да и не мог утверждать, что такие деяния не запрещены согласно законам Ганы. [...] Суд выносит решение, что инкриминируемые Ассаси-Гимах деяния, такие как применение пыток, выходят за рамки его полномочий как Заместителя начальника Службы национальной безопасности Ганы. Поэтому он не защищен от претензий Кабири иммунитетом суверена, предусмотренным в Законе США об иммунитетах иностранных государств").

<sup>449</sup> См., например, в контексте гражданских дел позицию лорда Бингхема Корнхилла в решении Палаты лордов по делу *Джонса*, пункт 12; и решение Апелляционного суда Онтарио по делу *Jaffe v. Miller and others* (вынесенное судьей Финлейсоном), воспроизведено в *ILR*, vol. 95, pp. 446-467, p. 460 ("По моему мнению, использование прилагательных, чтобы описать поведение ответчиков, не может лишить их статуса функционеров иностранного суверена. Незаконный и злоумышленный характер предполагаемых деяний сам по себе не выводит эти действия за пределы официальных обязанностей ответчиков.") и pp. 461-462 ("Соответственно, даже если принять во внимание новый ограничительный подход к иммунитету, иммунитет является абсолютным, когда он существует либо в соответствии с общим правом, либо согласно *Закону об иммунитете государств*. Я считаю, что предполагаемая неправомерность их деяний не лишает ответчиков их иммунитета либо по общему праву, либо согласно *Закону об иммунитете государств*"). См. также District Court, N.D. Illinois, Eastern Division, *Plaintiffs A, B, C, D, E, F, and Others Similarly Situated, Wei Ye, and Hao Wang, Plaintiffs, v. Jiang Zemin and Falun Gong Control Office (A.K.A. Office 6/10), Defendants*, No. 02 C 7530, 12 September 2003, 282 F.Supp.2d 875, p. 883 («Государства имеют иммунитет от претензий, возникающих в результате предполагаемого "злоупотребления властью [государственной] полиции", потому что, "каким бы чудовищным ни было такое злоупотребление на самом деле, осуществление иностранным государством власти своей полицией издавна считалось, согласно ограничительной теории, особенно суверенным по характеру." *Saudi Arabia v. Nelson*, 507 U.S. 349, 361, 113 S.Ct. 1471, 123 L.Ed.2d 47 (1993). *A fortiori*, это же верно в отношении главы государства»).



том, что иммунитет *ratione materiae* сохраняется в отношении деяний *ultra vires*, очевидно, была занята еще в 1797 году министром юстиции Соединенных Штатов в деле *губернатора Колло*<sup>450</sup>. Эта позиция, возможно, основывалась на принципе, четко признанном Комиссией в статье 7 проектов статей об ответственности государств, согласно которому деяния *ultra vires* по-прежнему присваиваются государству в целях ответственности<sup>451</sup>. Однако в юридической литературе также утверждалось, что иммунитет *ratione materiae* не распространяется на деяния, выходящие за рамки официального мандата<sup>452</sup>.

160. Если бы незаконные или преступные деяния рассматривались, как вопрос принципа, в качестве "неофициальных" для целей иммунитета *ratione materiae*, само понятие "иммунитет" лишилось бы большей части своего содержания<sup>453</sup>. Однако

---

<sup>450</sup> В связи с гражданским иском, возбужденным против губернатора французского острова Гваделупа Колло, министр юстиции Соединенных Штатов заявил: "Я склонен думать, что, если будет признано, что захват судна был официальным актом, совершенным ответчиком в силу или под прикрытием полномочий, которыми он наделен как губернатор, то это само по себе будет достаточным ответом на иск истца; что обвиняемый не должен отвечать в наших судах за любое простое *нарушение* при осуществлении своих полномочий; и что *объем* его полномочий может быть определен надлежащим образом или с пользой только законными властями его собственного государства" (курсив в оригинале), воспроизведено в J.B. Moore, *A Digest of International Law*, 1906, vol. II, p. 23.

<sup>451</sup> См. по этому вопросу Mizushima Tomonori, "The individual as beneficiary of State immunity: Problems of the attribution of *ultra vires* conduct", *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 29 (2000-2001), p. 276: "Этот очевидно прямой вопрос отчасти делает спорным довод в области ответственности государства согласно международному праву, что поведение *ultra vires* должностных лиц государства, по крайней мере до некоторой степени, присваивается государству." См. также позицию лорда Хоффмана в деле *Jones case*, para. 78: "Таким образом, кажется ясным, что государство будет нести ответственность по международному праву, если одно из его должностных лиц под видом своих полномочий применяет пытки в отношении гражданина другого государства, даже если эти деяния были незаконны и несанкционированны. Если считать, что для целей иммунитета государства это лицо действовало не в официальном качестве, то это создаст асимметрию между нормами ответственности и иммунитета."

<sup>452</sup> См. van Alebeek, *op. cit.*, p. 66: "Должностное лицо государства может при – преднамеренном – осуществлении своих официальных функций совершить деяния, которые выходят за рамки официального мандата и не имеют права на защиту с помощью иммунитета *ratione materiae*" (сноска опущена).

<sup>453</sup> Другими словами, как заявил лорд Хоуп Крейгхед (*Pinochet* (No. 3), p. 622), "[п]оведение необязательно должно быть законным, чтобы повлечь за собой иммунитет." Аналогичную точку зрения высказал лорд Гофф Чивели, *ibid.*, p. 599. См. также Verhoeven, в *Institut, Yearbook, op. cit.*, p. 538, para. 39: «[...] Как бы там ни было, почти не имеет смысла считать, что действия, которые были совершены незаконно, обязательно должны были быть принимаемыми за "частные", по причине того, что функция главы государства – или любого другого государственного чиновника – не может состоять в том, чтобы действовать незаконно. [...]» (сноска опущена).

комментаторы спорят, будут ли серьезные нарушения международного права, в частности влекущие за собой уголовную ответственность отдельного лица по международному праву, тем не менее квалифицироваться как "официальные действия", в отношении которых должностные лица государства будут пользоваться иммунитетом *ratione materiae*. Этот вопрос более подробно обсуждается ниже, в подразделе, посвященном взаимодействию между иммунитетом *ratione materiae* и нормами, устанавливающими международные преступления.

161. Надлежит рассмотреть еще один вопрос о том, применимо ли различие между *acta jure imperii* и *acta jure gestionis*, которое, по-видимому, актуально в контексте иммунитета государства, также в связи с иммунитетом *ratione materiae* должностных лиц государства<sup>454</sup>.

---

По вопросу о том, можно ли противоправные деяния рассматривать как "официальные", см. также Sison, *op. cit.*, p. 1586: "Различие [...] между официальными и личными действиями иногда далеко неясно. Например, поведение главы государства может быть противоправным или преступным. Тогда встает проблема, следует ли такие деяния квалифицировать как официальные действия или они должны рассматриваться как совершенные в личном качестве. Согласно одному мнению, противоправные или преступные деяния – это просто обычные преступления, совершенные в личном качестве, а не официальные действия, гарантирующие иммунитет [в сноске дается ссылка на Watts, *op. cit.*, 2006, p. 56, и Jimenez v. Aristeguieta, 1962, *ILR*, vol. 33, p. 353]. Однако в равной степени возможно, что глава государства совершает преступление, используя свой служебный аппарат для выполнения функций в качестве главы государства. Согласно этой точке зрения, если преступное деяние совершалось под видом осуществления государственной власти, глава государства будет иметь иммунитет независимо от законности деяния в соответствии с законодательством его собственного государства". (Сноски опущены); Фокс, *op. cit.* ("The Pinochet case No. 3"), p. 688, отмечает, что решение по делу Пиночета подразумевает "согласие, за исключением лорда Миллетта, что санкционирование убийства, по всей видимости, является официальным делом, в отношении которого бывший глава государства может претендовать на иммунитет"; и Watts, *op. cit.* (1994), p. 112: "Однако в отношении глав правительств и министров иностранных дел возникает такая же проблема, как и в случае глав государств, а именно, можно ли когда-либо рассматривать преступное поведение как часть их официальных функций. Легкого или прямого ответа на это нет; как предлагалось в отношении глав государств, важнейшим критерием, по-видимому, будет то, осуществлялось ли такое поведение в порядке официального выполнения функций главы правительства или министра иностранных дел, в случае чего оно должно пользоваться постоянной защитой, предоставляемой официальным действиям". (Сноски опущены.) Автор ссылается, однако, на "исключение из этого постоянного иммунитета" в отношении "официальных действий, связанных с преступным поведением, за которое существует индивидуальная ответственность согласно международному праву"; *ibid.*, p. 113.

<sup>454</sup> Хотя в Конвенции Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности (2004 год) прямо не говорится о различии между *acta jure imperii* и *acta jure gestionis*, в ней указываются несколько случаев, в которых нельзя ссылаться на иммунитет государств (см. статьи 10–17, касающиеся, соответственно, "коммерческих сделок"; "трудовых договоров"; "ущерба личности и ущерба имуществу"; "права собственности, владения и пользования имуществом"; "интеллектуальной и промышленной собственности"; "участия в компаниях и других объединениях"; "принадлежащих государству

Хотя и нечасто и только поверхностно рассматриваемый<sup>455</sup>, этот вопрос породил противоречивые мнения в юридической литературе. Хотя высказывалось предположение, что различие между *acta jure imperii* и *acta jure gestionis* также актуально в контексте иммунитета должностных лиц государства<sup>456</sup>, в то же время считалось, что это различие нерелевантно в последнем контексте<sup>457</sup> и что *acta jure gestionis*, совершенное государственным органом, будет по-прежнему квалифицироваться как "официальное"<sup>458</sup>. Последняя позиция была занята Верховным судом Австрии, который считал, что в отличие от иммунитета государств иммунитет глав государств также распространяется на *acta jure gestionis*, осуществленное в официальном качестве<sup>459</sup>. Причины исключения *acta jure gestionis* из объема иммунитета *ratione materiae* должностных лиц государства кажутся неясными, особенно ввиду того, что такие действия присваиваются государству таким же образом, как и *acta jure imperii*<sup>460</sup>. В свете вышесказанного, по-видимому, имеются

---

или эксплуатируемых им судов"; "последствия арбитражных соглашений"). Многие из них оказываются в числе тех случаев, которые обычно рассматриваются в юридической литературе как попадающие в сферу охвата *acta jure gestionis*.

<sup>455</sup> Gaeta, *op. cit.* (2002), p. 977 (сноска 4) упоминает этот вопрос, но в связи с иммунитетом *ratione personae* глав государств, премьер-министров и министров иностранных дел. Относительно иммунитета главы государства см. также Watts, *op. cit.* (1994), p. 61, который серьезно сомневается, что такой иммунитет мог бы быть ограничен *acta jure imperii*.

<sup>456</sup> См. Mirella Bojic, "Immunity of High State Representatives with regard to International Crimes: are Heads of State, Heads of Government and Foreign Ministers still Untouchable?", Master Thesis, Faculty of Law, University of Lund, 2005, p. 23; and Bothe, *op. cit.*, p. 257, который заявляет, что иммунитет *ratione materiae*, вероятно, не применяется к *acta jure gestionis*.

<sup>457</sup> См. Cassese, "When May Senior State Officials ...", *op. cit.*, p. 869, fn 42.

<sup>458</sup> См., в частности, van Alebeek, *op. cit.*, p. 48, где обсуждается объем иммунитета *ratione materiae* бывших глав государств: «Главу государства, который оставляет должность, защищает иммунитет в отношении официальных действий, совершенных им в порядке выполнения своих функций как главы государства. Консенсус относительно этого остаточного иммунитета в отношении официальных действий несколько обманчив, поскольку вопрос о том, какие действия квалифицируются как таковые, является спорным [в сноске упоминается о разногласиях в отношении остаточного иммунитета дипломатов]. Иммунитет для бывшего главы государства распространяется за пределы действий, которые обладают правом на иммунитет *ratione materiae* государств, поскольку "официальное действие, осуществленное им в порядке выполнения своих функций" является более широким понятием, чем "суверенный акт". Например, коммерческий контракт, заключенный главой государства от имени государства, не является "суверенным актом" в смысле, что это *jure imperii*, но будет квалифицироваться как официальное действие, осуществленное в порядке выполнения функций главы государства».

<sup>459</sup> Supreme Court, *Prince of X Road Accident Case*, 1964, воспроизведено в *ILR*, vol. 65, p. 13.

<sup>460</sup> См. пункт 6) комментария Комиссии к статье 4 проекта статей "Ответственность государств за международно-противоправные деяния" (воспроизведено в *Ежегоднике ...2001 год*, том II (часть вторая)

разумные основания считать, что государственный орган, осуществляющий *acta jure gestionis*, которое присваивается государству, на самом деле действует в своем официальном качестве и поэтому пользуется иммунитетом *ratione materiae* в отношении этого действия.

## **в) Официальные действия, совершенные на территории иностранного государства**

162. Возникает вопрос о том, обладают ли действия, совершенные должностным лицом государства на территории другого государства при исполнении им/ею своих функций, иммунитетом от уголовной юрисдикции в государстве, где были совершены такие действия. Практика государств по этому вопросу представляется недостаточной<sup>461</sup>.

---

пункт 77, стр. 40–41): «Для целей присвоения не имеет значения, что поведение государственного органа может быть квалифицировано как "коммерческое" или как *acta jure gestionis*». (*там же*, стр. 41.)

<sup>461</sup> В происшествии с судном *Rainbow Warrior* после ареста местной полицией майора Мафара и капитана Приер, которые являлись французскими агентами, потопившими это судно в Новой Зеландии, Франция заняла позицию, согласно которой их задержание в Новой Зеландии было необоснованным, "учитывая, в частности, то, что они действовали в соответствии с военными приказами и что Франция [была] готова принести извинения и выплатить компенсацию Новой Зеландии за причиненный ущерб"; см. постановление Генерального секретаря Организации Объединенных Наций от 6 июля 1986 года в *UNRIIAA*, vol. XIX, p. 213. Однако в своем решении от 22 ноября 1985 года (вынесенном до рассмотрения этого вопроса на международном уровне) по делу "Р. против Мафара и Приер" новозеландский Высокий суд Окленда признал этих двух офицеров виновными в совершении простого убийства и умышленном причинении ущерба. Следует отметить, что во время уголовного процесса оба офицера признали себя виновными по этим обвинениям. Судья согласился с тем, что "факт совершения военнослужащими действий в соответствии с полученными приказами может рассматриваться как смягчающее обстоятельство при назначении наказания за уголовные правонарушения, которые были совершены, в интересах вынесения справедливого решения по делу" (*ILR*, vol. 74, p. 250), однако счел, что "факт совершения подсудимыми действий согласно приказам не является аспектом, которому я придаю большое значение в обстоятельствах данного дела" (*ibid.*, p. 251). На этой стадии не поднимался вопрос об иммунитете или отсутствии ответственности этих двух офицеров. Кроме того, во время переговоров, предшествовавших постановлению Генерального секретаря в отношении дела *Rainbow Warrior*, Франция в своем меморандуме, представленном Генеральному секретарю, заявила, в частности, что "Франция готова взять на себя всю возложенную на нее ответственность перед Новой Зеландией и жертвами инцидента вместо лиц, действовавших от ее имени, как поступило, например, британское правительство в отношении правительства Соединенных Штатов, когда британский отряд "коммандос" уничтожил судно *Caroline* (см. Moore, *Digest of International Law* (1906), para. 127, p. 409)". Кроме того, она выразила мнение, что "Новой Зеландии следует освободить обоих офицеров" (*ILR*, vol. 74, p. 269). Необходимо отметить, что во время переговоров ни разу не был затронут вопрос о каком-либо предполагаемом иммунитете этих двух офицеров.

163. Предполагается, что при определении того, распространяется ли иммунитет *ratione materiae* на действия, совершенные должностным лицом государства на территории иностранного государства, решающим соображением будет то, дало ли государство территориальной юрисдикции согласие на выполнение на его территории официальных функций органа иностранного государства<sup>462</sup>. В этом отношении утверждается, что иммунитет *ratione materiae* не распространяется на действия, которые грубо нарушают территориальный суверенитет другого государства, такие как саботаж, похищение людей, убийство, совершенные агентом иностранной спецслужбы, или воздушное вторжение<sup>463</sup>.

164. Во время устного разбирательства по делу о некоторых вопросах, касающихся взаимной помощи, которое рассматривается в Международном Суде, адвокат со стороны Джибути указал, что принцип иммунитета *ratione materiae* для должностных лиц государства применяется с некоторыми исключениями – которые, тем не менее, не имеют отношения к рассматриваемому делу – в случае военных преступлений и актов шпионажа и саботажа, совершенных на территории иностранного государства<sup>464</sup>.

---

<sup>462</sup> См. Paola Gaeta, "Extraordinary renditions e immunità dalla giurisdizione penale degli agenti di Stati esteri: il caso *Abu Omar*", *Rivista di diritto internazionale*, vol. 89 (2006), pp. 126-130. Автор рассматривает дело нескольких агентов ЦРУ, арестованных в Италии в связи с похищением в Милане Абу Омара 17 февраля 2003 года. В момент похищения один из агентов являлся консулом Соединенных Штатов в Милане. Однако ко времени его ареста срок его пребывания в должности консула истек. Бывший консул претендовал на консульский иммунитет в отношении соответствующих действий. Его требование было отклонено "судьей по предварительному расследованию (g.i.p.)" Милана на основании того, что похищение лица не входит в круг обязанностей консула, которые перечислены в Венской конвенции о консульских сношениях 1967 года. Судья не рассматривал вопрос о том, обладал ли бывший консул также функциональным иммунитетом как агент ЦРУ. По мнению Гаета, это зависит, помимо прочего, от того, дала ли Италия согласие на операцию, проведенную ЦРУ на ее территории; при отсутствии такого согласия государство территориальной юрисдикции не будет нести какого-либо обязательства по международному праву признать любой функциональный иммунитет иностранного агента, который действовал на его территории (*ibid.*, pp. 127-128). См. также Mario Giuliano, Tullio Scovazzi and Tullio Treves, *Diritto internazionale*, vol. II (Milan: Giuffrè, 1983), (2nd edition), p. 537, где поддерживается точка зрения, согласно которой обязательство государства предоставлять иммунитет в отношении действий должностного лица, совершенных на его территории иностранными агентами, будет зависеть от того, санкционировало ли это государство совершение таких действий.

<sup>463</sup> Vothe, *op. cit.*, p. 252 и pp. 257-261.

<sup>464</sup> Устное разбирательство, 22 января 2008 года, ICR 2008/3 (Condorelli), para. 24. См. также ссылки на Нюрнбергский процесс в разделе С.3 Части первой.

165. Кроме того, неприменимость иммунитета *ratione materiae* к некоторым категориям лиц, таким как шпионы, была упомянута Апелляционной камерой МТБЮ в ее решении от 29 октября 1997 года по делу Блашкича<sup>465</sup>.

## 2. Лица, обладающие иммунитетом *ratione materiae*

### а) Категории должностных лиц

166. Как представляется, существует широкое доктринальное обоснование утверждения, согласно которому, в отличие от иммунитета *ratione personae*, который распространяется на ограниченное число высокопоставленных должностных лиц государства<sup>466</sup>, иммунитетом *ratione materiae* пользуются должностные лица государства в целом, независимо от их положения в иерархии государства<sup>467</sup>. В связи с этим утверждается, что иммунитет *ratione*

---

<sup>465</sup> *Prosecutor v. Blaškić, Sub poena decision*, para. 41: "Аналогичным образом, другие категории лиц (например, шпионы, как они определены в Правилах в отношении законов и обычаев наземной войны, которые прилагаются к IV Гагской конвенции 1907 года), хотя они и действуют как органы государства, могут быть привлечены к персональной ответственности за свои правонарушения". В отношении актов шпионажа в целом можно также обратиться к решению Федерального конституционного суда Германии, которым было отказано в иммунитете шпионам бывшей Демократической Республики Германии в отношении действий, совершенных ими с территории последней против Федеративной Республики Германии до воссоединения Германии; см. *Bundesverfassungsgericht* (Федеральный конституционный суд), решение от 15 мая 1995 года, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 92, p. 277ff, кратко изложено в базе данных о практике государств в отношении иммунитетов государств, которую ведет Комитет юристов – консультантов по международному публичному праву (КАДХИ) Совета Европы ([http://www.coe.int/t/e/legal\\_affairs/legal\\_cooperation/public\\_international\\_law/State\\_Immunities](http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_cooperation/public_international_law/State_Immunities)).

<sup>466</sup> См. выше, раздел А части второй.

<sup>467</sup> См., например, Gaeta, *op. cit.* (2002), p. 975 (иммунитет *ratione materiae* "распространяется на действия, совершенные *каждым* должностным лицом государства при выполнении им своих функций, независимо от того, где они выполняются" (курсив автора)); Kelsen, *op. cit.*, 1966, pp. 358-359; Klingderg, *op. cit.*, p. 552 ("В соответствии с международным обычным правом бывшие главы государств, как и любое другое должностное лицо государства, пользуются так называемым функциональным иммунитетом в отношении своих официальных действий."); Mitchell, *op. cit.*, p. 231; Robertson, *op. cit.*, p. 402 ("Абсолютный иммунитет (*ratione personae*) предоставляется тем, кто воплощает или представляет государство (то есть главам государств и главам дипломатических представительств), но он действует только в течение срока их пребывания в должности. Бывшие главы, как и такие представители, как военачальники и начальники полиции и министры, пользуются лишь ограниченным иммунитетом (*ratione materiae*), который распространяется на все действия, совершенные в официальном качестве, но не применяется к действиям, совершенным в личных целях"); и Wickremasinghe, *op. cit.* (2006), p. 397 (иммунитет *ratione materiae* "[...] потенциально применяется к официальным действиям всех должностных лиц государства [...]"; *ibid.*, p. 410: "... от по меньшей мере гражданской юрисдикции судов других государств, если последствия судебного разбирательства подорвут или сделают недействительным иммунитет нанимающего государства").

materiae "распространяется на официальные действия любого представителя государства де-юре или де-факто"<sup>468</sup>.

167. Принцип, согласно которому должностные лица государства в целом пользуются иммунитетом *ratione materiae*, находит поддержку в практике МТБЮ. В деле Блашкича Апелляционная камера сослалась в связи с этим на "общепризнанную норму международного обычного права, которая сложилась в XVIII–XIX веках и с тех пор неоднократно подтверждалась":

«Апелляционная камера отвергает возможность направления Международным трибуналом повесток о явке в суд должностным лицам государства, действующим в официальном качестве. Такие должностные лица представляют собой лишь инструмент государства, и их официальные действия могут быть отнесены только к государству. Они не могут подвергаться санкциям или наказаниям за поступки, которые являются не частными, а совершаются от имени государства. Иными словами, должностные лица государства не могут отвечать за последствия неправомερных действий, которые относятся не к ним лично, а к государству, от имени которого они выступают: они пользуются так называемым "функциональным иммунитетом". Эта общепризнанная норма международного обычного права сложилась в XVIII–XIX веках и с тех пор неоднократно подтверждалась. Недавно Франция заняла позицию, основанную на этой норме, в деле *Rainbow Warrior*. Кроме того, эта норма ясно изложена Верховным судом Израиля в деле Эйхмана»<sup>469</sup>.

"[...] Хорошо известно, что международное обычное право охраняет внутреннюю организацию каждого суверенного государства: оно оставляет за каждым суверенным государством право определять свою внутреннюю структуру, и в частности назначать лиц, выступающих в качестве его представителей или органов. Каждое суверенное государство вправе давать указания своим органам, действующим как на внутреннем уровне, так и в области международных отношений, а также предусматривать санкции или иные средства взыскания в случае несоблюдения этих указаний. Непосредственным результатом этого исключительного полномочия является то, что каждое государство имеет право требовать, чтобы действия или сделки, совершенные одним из его органов в своем

---

<sup>468</sup> Cassese, "When May Senior State Officials...", *op. cit.*, p. 863. См. также Bothe, *op. cit.*, p. 255.

<sup>469</sup> *Prosecutor v. Blaškić, Sub poena decision*, para. 38 (сноска пропущена).

официальном качестве, относились к государству, с тем чтобы индивидуальный орган не мог быть привлечен к ответственности за эти действия или сделки. Рассматриваемая общая норма закрепилась в международном праве и основана на суверенном равенстве государств (*par in parem non habet imperium*)"<sup>470</sup>.

168. Точка зрения, согласно которой иммунитет *ratione materiae* применяется к должностным лицам государства в целом, была также выражена адвокатом со стороны Джибути в деле о некоторых вопросах, касающихся взаимной помощи. Касаясь различия между иммунитетом *ratione personae* и иммунитетом *ratione materiae*, он заявил, что последний, в отличие от первого, распространяется на должностных лиц государства в целом и основан на принципе, согласно которому официальные действия органов государства относятся к самому государству, а не к органу, который выполнил их<sup>471</sup>. В этом отношении стоит отметить, что адвокат со стороны Франции, похоже, признал в принципе существование нормы, предусматривающей иммунитет *ratione materiae* для должностных лиц государства в целом<sup>472</sup>.

---

<sup>470</sup> *Ibid.*, para. 41.

<sup>471</sup> Устное разбирательство, 22 января 2008 года, ICR 2008/3 (Condorelli), p. 12, para. 17 и pp. 14-18, paras. 21-31 (также касающиеся многочисленных доктринальных авторитетных подтверждений существования "принципа международного права, который предусматривает, что органы государства пользуются иммунитетом от юрисдикции иностранных государств в отношении действий, совершенных при выполнении этой функции"; см. также устное разбирательство, 28 января 2008 года, ICR 2008/6 (Condorelli), pp. 50-53, paras. 1-12.

<sup>472</sup> Устное разбирательство, CR 2008/5 (Pellet), p. 50, para. 74: «Однако с правовой точки зрения главный аргумент, представленный профессором Кондорелли (который выдвинут впервые, в отличие от аргументов в Меморандуме), тем не менее является странным. Он основан на принципе, согласно которому "любое государство должно расценивать действия органа иностранного государства, который выступает в официальном качестве, как относящиеся к этому государству, а не к лицу, обладающему статусом органа, которое не может быть привлечено к уголовной ответственности за него как физическое лицо". На самом деле в этом положении нет ничего необычного, и я бы постарался не противоречить авторитетным источникам, в которых это утверждается и на которые мой знающий оппонент так много ссылался. Сомнению подвергается не принцип, а поистине неприемлемые выводы, которые он делает из этого принципа, и, более того, чаще косвенно, чем прямо». (Сноски пропущены.) Кроме того, адвокат со стороны Франции утверждал, что вопрос о том, было ли совершено рассматриваемое действие при исполнении официальных функций данного органа, должен решаться компетентными органами, в которых ничто не помешало бы соответствующим лицам ссылаться на свой иммунитет; *ibid.*, pp. 50-53, paras. 75-80, особенно para. 79: "В данном деле о подстрекательстве к даче ложных показаний явно отсутствует что-либо, что могло бы помешать или уже мешает этим лицам сослаться на иммунитет, на который сейчас претендует Джибути от их имени во французском уголовном суде. Но для этого они должны дать ему возможность оценить их аргументы в пользу иммунитета. Ни один из двух не воспользовался этими иммунитетами, даже посредством направления письма. [...] А вместо этого соответствующие лица акцентировали внимание на так называемом отсутствии



169. Кроме того, принцип, согласно которому иммунитетом *ratione materiae* пользуются должностные лица государства в целом, находит поддержку в прецедентном праве внутригосударственных судов. В контексте уголовных дел можно обратить внимание на позицию, которую занял швейцарский федеральный суд в своем решении по делу Адамова<sup>473</sup>. Можно также упомянуть мнение, выраженное лордами Брауном-Уилкинсоном<sup>474</sup>, Гоффом Чивли<sup>475</sup>, Миллетом<sup>476</sup> и Филипсом Ворт-Матраверс<sup>477</sup> в деле Пиночета (№ 3), которое рассматривалось в палате лордов. Кроме того, следует отметить, что внутригосударственные суды предоставляют иммунитет *ratione materiae* самым разным должностным лицам государства, включая мелких чиновников, в делах, которые не носят уголовного характера<sup>478</sup>.

---

взаимности, якобы демонстрируемом поведением Франции". См. также устное разбирательство, 29 января 2008 года, CR 2008/7 (Pellet), pp. 45-53, paras. 17-30.

<sup>473</sup> "Евгений Адамов против Федерального министерства юстиции", 1-я коллегия судей по публичному праву, № 1A.288/2005, частично опубликовано в *BGE* 132 II 81, para. 3.4.2.

<sup>474</sup> *Pinochet* (No. 3), p. 594: "Иммунитет *ratione materiae* применяется не только к бывшим главам государств и бывшим послам, но и ко всем должностным лицам государства, которые участвовали в выполнении функций государства".

<sup>475</sup> *Ibid.*, p. 606: "Поэтому государственный иммунитет *ratione materiae* действует для защиты бывших глав государств и (если предъявляется претензия на иммунитет) государственных должностных лиц, даже мелких государственных чиновников, от судебного процесса в иностранных государствах в отношении действий, совершенных при исполнении их функций в этом качестве, включая предъявление обвинения и арест по поводу предполагаемых преступлений".

<sup>476</sup> *Ibid.*, p. 644: "Иммунитет *ratione materiae* [...] предоставляется бывшим главам государств и главам дипломатических представительств, а также любому лицу, поведение которого при исполнении полномочий государства ставится впоследствии под вопрос, независимо от того, действовало ли оно в качестве главы правительства, министра, военачальника или начальника полиции или подчиненного государственного чиновника. Иммунитет одинаков, каков бы ни был ранг должностного лица".

<sup>477</sup> *Ibid.*, p. 657: "Это – иммунитет государства, который применяется с целью воспрепятствовать судам другого государства от установления юрисдикции в отношении дела, возбужденного против должностного лица или иного представителя государства, действующего или бывшего, в отношении ведения дел государства во время пребывания в должности".

<sup>478</sup> См., в частности, палата лордов, дело Джонса (гражданский иск за предполагаемое ненадлежащее обращение, который был предъявлен Королевству Саудовская Аравия, а также военнослужащим и сотрудникам полиции Королевства и его министру внутренних дел), особенно мнения лорда Бингама Корнхилл (пункт 11) и лорда Хоффмана (пункт 66). См. также Federal Republic of Germany, Federal Supreme Court., *Church of Scientology Case*, Case No. VIZR267/76, 1978, приводится в *ILR*, vol. 65, pp. 193ff (предоставление иммунитета в отношении действий начальника Скотленд-Ярда); Canada, Ontario Court of Appeal, *Jaffe v. Miller and others* (вынесено апелляционным судьей Финлейсоном), приводится в *ILR*, vol. 95, pp. 446-467 (истец предъявил иск о возмещении убытков некоторым должностным лицам штата Флорида (главному прокурору штата, прокурору

## **в) Бывшие должностные лица**

170. В деле, касающемся ордера на арест, Международный Суд, видимо, подразумевал признание иммунитета *бывшего* министра иностранных дел в отношении действий, совершенных *в официальном качестве* во время пребывания в должности. Суд указал, что:

"[...] после того как лицо перестает занимать должность министра иностранных дел, он или она более не пользуется всеми иммунитетами, предусмотренными международным правом, в других государствах. При условии наличия юрисдикции согласно международному праву, суд одного государства может судить бывшего министра иностранных дел другого государства в отношении действий, совершенных до или после его/ее пребывания в должности, *а также в отношении действий, совершенных в личном качестве во время пребывания должности*"<sup>479</sup>.

(Курсив добавлен.)

---

штата, двум заместителям прокурора штата, следователю и адвокату штата), в котором он заявил, что они несут ответственность за предъявление ему ложных уголовных обвинений и вошли в сговор с целью его похищения, после того как им не удалось добиться его экстрадиции. Апелляционный суд постановил, что ответчики пользуются иммунитетом в отношении действий, совершенных ими "в рамках своих обязанностей в качестве должностных лиц штата Флорида": "Я придерживаюсь мнения, что позиция по общему праву и в соответствии с Законом об иммунитете государства по этому вопросу одна и та же. Независимо от того, когда были совершены причинившие ущерб действия, которые указаны в иске – до или после вступления в силу Закона об иммунитете государства, – действия, совершенные физическими лицами, являющимися ответчиками, входили в круг их обязанностей как должностных лиц штата Флорида, и они имеют право на иммунитет штата, если штат Флорида обладает иммунитетом. Отсутствие в Законе положения о его применении к служащим иностранного государства может означать лишь то, что парламент удовлетворен установлением того, какие служащие имеют право на иммунитет, предусмотренный в общем праве. Суду следует в каждом деле решить вопрос факта – является ли данное лицо, выполняющее конкретную функцию, лицом иностранного государства", *ibid.*, p. 459; Ирландия, Верховный суд в деле "Норбурт Шмидт против министра внутренних дел Соединенного Королевства" 24 апреля 1997 года постановил, что агент лондонской полиции Соединенного Королевства имел право рассчитывать на суверенный иммунитет в ирландских судах (краткое изложение приводится в базе данных о практике государств в отношении иммунитетов государств, которую ведет Комитет юристов – консультантов по международному публичному праву (КАДХИ) Совета Европы ([http://www.coe.int/t/e/legal\\_affairs/legal\\_co-operation/public\\_international\\_law/State\\_Immunities/](http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/public_international_law/State_Immunities/)); и United States, District Court, S.D. New York, *Ra'Ed Mohamad Ibrahim Matar, et al., Plaintiffs, v. Avraham Dichter, former Director of Israel's General Security Service, Defendant*, 2 May 2007, 500 F.Supp.2d 284, pp. 288-292.

<sup>479</sup> *Arrest Warrant*, para. 61. См. также совместное особое мнение судей Хиггинс, Коойманса и Бюргенталья, para. 85: «Тем не менее этот иммунитет действует только в течение такого срока, когда министр [иностранного дела] занимает свою должность, и продолжает охранять его или ее после этого только в отношении "официальных" действий».

171. Ученые практически единодушно признают, что, в отличие от иммунитета *ratione personae*, которым пользуется лишь ограниченное число *действующих* должностных лиц государства, иммунитет *ratione materiae* продолжает применяться после прекращения функций должностного лица государства<sup>480</sup>. На самом деле представляется, что лишь изредка выражается противоположная точка зрения или ставится под сомнение этот принцип<sup>481</sup>. В этом отношении заявляется, что сохранение действия иммунитета *ratione*

---

<sup>480</sup> См., помимо прочего, Cassese, "When May Senior State Officials...", *op. cit.*, p. 863; Gaeta, *op. cit.* (2002), p. 975; Campbell McLachlan, "Pinochet Revisited", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, 2002, p. 961; Mitchell, *op. cit.*, p. 231; и Wouters, *op. cit.*, p. 256 (где указано, что применение функционального иммунитета для министра иностранных дел можно встретить в государственной практике и *opinio juris*). Относительно бывших глав государств см., в частности, Dominice, *op. cit.*, pp. 302-303; Klingberg, *op. cit.*, p. 552; Mitchell, *op. cit.*, p. 231 ("Касательно [пункта 1 статьи 20 Закона Соединенного Королевства об иммунитете государства (1978 год)] в сочетании с пунктом 2 статьи 39 Закона о дипломатических привилегиях 1964 года, ясно, что бывший глава государства не пользуется иммунитетом в отношении личных или частных действий (иммунитет *ratione personae*), но продолжает пользоваться иммунитетом в отношении публичных действий, совершенных в качестве главы государства (иммунитет *ratione materiae*"); Shaw, *op. cit.* (2003), pp. 657-658; Melinda White, "Pinochet, Universal Jurisdiction, and Impunity", *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, vol. 7 (2000), p. 219; и Zappala, *op. cit.*, p. 596; а также ссылки, представленные Верховенем в *Institut, Yearbook*, *op. cit.*, p. 536.

<sup>481</sup> См., в частности, Andrea Bianchi, *op. cit.* (1999), p. 259. Автор ставит под сомнение существование нормы обычного права, которая предусматривает функциональный иммунитет для высокопоставленных должностных лиц государства и мелких государственных чиновников, или специальной нормы для глав государств. В этом отношении он высказывает следующее соображение: "Как показывают последние исследования, за исключением иммунитета дипломатов и консулов в отношении их официальных (и санкционированных государством территориальной юрисдикции) действий, трудно установить наличие в международном обычном праве общего режима остающегося или функционального иммунитета для высокопоставленных должностных лиц и мелких чиновников иностранного государства в отношении действий, совершенных ими при выполнении своих функций, или специальной нормы для глав государств [сноска с цитатой из Pasquale De Sena, *Diritto internazionale e immunità funzionale degli organi statali* (1996)]". См. также заключение, представленное окружному суду Соединенных Штатов двадцатью тремя членами Конгресса Соединенных Штатов от демократической партии в деле *A, B, C, D, E, F v. Zemin* (изложено в *AJIL*, vol. 97 (2003), p. 976), в котором приводятся доводы против предоставления иммунитета "бывшему главе страны, представляющей собой тоталитарный режим и не дающей возможности своим гражданам обратиться с жалобой на их правительство или предъявить иск к органам власти за правонарушения...". Согласно этому заключению «в международном праве четко предусмотрено, что лица, несущие ответственность за грубое нарушение прав человека, могут подвергнуться судебному преследованию, даже если они являются главами государства в момент совершения правонарушения. См., в частности, Конвенцию о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (где предусмотрено, что "лица, совершающие геноцид", подлежат наказанию, "независимо от того, являются ли они ответственными по конституции правителями, должностными или частными лицами")».

*materiae* после прекращения функций должностного лица государства основано на том, что этот вид иммунитета относится к действию, а не к совершившему его лицу<sup>482</sup>.

172. Сохранение действия иммунитета *ratione materiae* от уголовной юрисдикции иностранного государства очевидно признается Институтом в отношении бывших глав государств и бывших глав правительств<sup>483</sup>.

173. Кроме того, некоторые внутригосударственные суды признали, что бывшие должностные лица государства сохраняют право на иммунитет *ratione materiae* в отношении действий, совершенных ими в официальном качестве во время пребывания в должности<sup>484</sup>.

---

<sup>482</sup> См. Klingberg, *op. cit.*, p. 544, согласно которому "функциональные иммунитеты [...] предоставляются потому, что официальные действия любого представителя государства относятся к государству и рассматриваются как действия государства. По причине суверенного равенства государств не допускается, чтобы государства судили действия других государств (*par in parem non habet jurisdictionem*). Поскольку функциональные иммунитеты относятся к качеству действия, а не к качеству лица, выступающего как представитель государства, они не прекращают действовать после того, как этот представитель перестал выполнять официальные функции".

<sup>483</sup> Пункт 2 статьи 13 резолюции 2001; приводится в *Institut, Yearbook, op. cit.*, p. 753 (в сочетании со статьей 16 в отношении глав правительств).

<sup>484</sup> См., в частности, Federal Tribunal, *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police (recours de droit administratif)*, Judgment of 2 November 1989 (ATF 115 Ib 496), pp. 501-502, которое частично приводится в *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 1991, pp. 534-537 (английский вариант в *ILR*, vol. 102, pp. 198-205), где швейцарский федеральный суд постановил, что бывший глава государства пользуется иммунитетом *ratione materiae* от уголовной юрисдикции иностранного государства, если его или ее государство не отказалось от такого иммунитета. См. также в гражданских делах Pakistan, Supreme Court, *Qureshi v. URSS*, 8 July 1981 приводится в *ILR*, vol. 64, pp. 586-653 (p. 617, со ссылкой на некоторую правовую литературу – Satow, *Guide to Diplomatic Practice*, – в которой подтверждается сохранение иммунитета бывшего главы государства в отношении действий, совершенных в официальном качестве); *Hatch v. Baez*, 1876, 7 Hun. 596, p. 600 (в котором суд Соединенных Штатов постановил в деле, касающемся бывшего президента Санто-Доминго: "То, что ответчик перестал быть президентом Санто-Доминго, не лишает его иммунитета. Это вытекает из должности, находясь в которой он совершил данные действия, и охраняет лицо, которое их совершило, поскольку эти действия исходили от иностранного и дружественного правительства"); Court of Appeals for the Second Circuit, *Republic of the Philippines v. Marcos and others*, 26 November 1986, 806 F 2d 344 (1986), p. 360, приводится в *ILR*, vol. 81, pp. 581-599 (p. 597, где признается иммунитет бывшего главы государства, но не в отношении действий в частном качестве); и District Court, N.D. Illinois, Eastern Division, *Plaintiff A, B, C, D, E, F, and Others Similarly Situated, Wei Ye, and Hao Wang, Plaintiffs, v. Jiang Zemin and Falun Gong Control Office (A.K.A. Office 6/10), Defendants*, No. 02 C 7530, 12 September 2003, 282 F.Supp.2d 875, p. 883, выдержка приводится в *AJL*, vol. 97, 2003, p. 977 («Истцы ссылаются на то, что ни один суд не вынес постановления, согласно которому иммунитет главы государства в отношении действий, совершенных им во время пребывания в должности руководителя, прекращает действовать после его ухода с должности. Суд

**е) Должностные лица или бывшие должностные лица непризнанных государств или правительств**

174. Потенциальная роль признания или непризнания государств или правительств в предоставлении иммунитета должностным лицам государства уже обсуждалась в отношении иммунитета *ratione personae*, которым пользуется ограниченное число действующих высокопоставленных должностных лиц государства<sup>485</sup>. Этот же вопрос может возникнуть в контексте иммунитета *ratione materiae* для мелких государственных чиновников, а также бывших должностных лиц государства.

175. Касательно второго случая можно упомянуть разбирательство, возбужденное в окружном суде Соединенных Штатов против Мануэля Норьеги, который в прошлом являлся де-факто руководителем Панама. Окружной суд отклонил претензию Норьеги на иммунитет главы государства на том основании, что Соединенные Штаты никогда не признавали генерала Норьегу главой государства Панама<sup>486</sup>. Решение окружного суда было подтверждено в апелляционной инстанции<sup>487</sup>.

---

второго округа заявил в частном определении, что "существуют веские основания для отказа бывшим главам государств в иммунитете, предоставляемом главе государства" (*In re Doe*, 860 F.2d 40, 45 (2d Cir. 1988)). Однако дела, на которые ссылался суд в подтверждение этого положения, указывают лишь на то, что бывший глава государства может не иметь права на иммунитет 1) в отношении его действий в личном качестве, см. *The Schooner Exchange*, p. 145; *Republic of Philippines v. Marcos*, 806 F.2d 344, 260 (2d Cir. 1986), где в частных определениях заявляется, что иммунитет главы государства, возможно, не "распространяется настолько, чтобы дать бывшему главе государства право на иммунитет в отношении его действий в личном качестве" (курсив добавлен); или 2) когда иностранное государство отказывается от иммунитета для своего бывшего руководителя, см. решение по делу *Grand Jury Proceedings*, 817 F.2d 1108, 1111 (4<sup>th</sup> Cir. 1987). В данном случае отсутствует какой-либо из этих сценариев. Кроме того, основы суверенного иммунитета иностранного государства, вежливость и взаимное уважение достоинства наций не имеют отношения к отказу в праве на иммунитет в делах, упомянутых в решении по делу *Doe* – в первом случае потому, что иск к главе государства предъявлен в отношении действий, совершенных им как частное лицо, а во втором случае потому, что иностранное государство сняло иммунитет со своего бывшего руководителя. И напротив, обоснование для иммунитета главы государства в не меньшей степени касается ситуации, когда в суде Соединенных Штатов предъявляется иск к бывшему главе государства за действия, совершенные во время пребывания в должности главы государства, чем когда предъявляется иск к действующему главе государства».)

<sup>485</sup> См. выше, раздел A.1 а) части второй.

<sup>486</sup> District Court, S.D. Florida, *United States of America v. Noriega*, 8 June 1990, 746 F.Supp. 1506, приводится в *ILR*, vol. 99, pp. 151-183, (pp. 161-163).

<sup>487</sup> Court of Appeals for the Eleventh Circuit, *United States of America v. Noriega*, 7 July 1997, 117 F 3d 1206 (1997), приводится в *ILR*, pp. 591-599, (pp. 595-596).

176. Кроме того, в приказе, вынесенном 6 ноября 1998 года, по делу, возбужденному против Аугусто Пиночета в Бельгии, судья Вандермеерш указал на необходимость изучения в ходе расследования того, в какой степени Пиночет был признан Бельгией как "законный глава государства" ("Chef d'Etat legal") Чили, с тем чтобы установить, имел ли он право претендовать на иммунитет по причине своего статуса перед бельгийскими властями<sup>488</sup>.

177. В отношении потенциальной роли признания в предоставлении иммунитета должностным лицам государства де-юре или де-факто, следует напомнить также о позиции Верховного суда Соединенных Штатов, выраженной еще в 1897 году в отношении определенного поведения военного командира, который проводил операции под руководством революционного правительства в Венесуэле. Верховный суд постановил:

«[...] Обжалуемые действия были действиями военного командира, представляющего власть революционной партии как правительства, которое впоследствии добилось успеха и было признано Соединенными Штатами. По нашему мнению, окружной апелляционный суд обоснованно пришел к заключению, "что действия ответчика были действиями правительства Венесуэлы и как таковые они неправильно стали предметом судебного решения в судах другого правительства" [...]]»<sup>489</sup>.

#### **d) Должностные лица государства, прекратившего существование**

178. Может возникнуть вопрос относительно того, могут ли должностные лица государства, которое перестало существовать, по-прежнему пользоваться иммунитетом *ratione materiae* от уголовной юрисдикции иностранного государства в отношении

---

<sup>488</sup> *Juge d'instruction au tribunal de première instance de Bruxelles*, Damien Vandermeersch, Order of 6 November 1998, Section 3.1, приводится в *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1999, Bruxelles, Palais de Justice, p. 278. См. критические замечания Анне Вейемберг ("Sur l'ordonnance du juge d'instruction Vandermeersch rendue dans l'affaire Pinochet le 6 novembre 1998", *Revue belge de droit international*, vol. 32 (1999), pp. 182-184), которая отметила, что в отличие от юрисдикций Соединенных Штатов бельгийские юрисдикции не основываются на этом доводе, поскольку Бельгия признает только новые государства, а не новые правительства. Автор также утверждает, что в любом случае государства исходят при признании правительств из эффективности, а не из легитимности или законности.

<sup>489</sup> *Underhill v. Hernandez*, *op. cit.*, p. 254. Это дело касалось требования о возмещении убытков в отношении задержания истца, которое было якобы вызвано отказом генерала Хернандеса выдать истцу паспорт для выезда из страны.

действий, совершенных в качестве органов этого государства. По этому вопросу практика государств представляется незначительной, а решения остаются неопределенными<sup>490</sup>.

179. Например, судебные органы Федеративной Республики Германии отказали в иммунитете должностным лицам бывшей Германской Демократической Республики, включая бывшего главу государства Эриха Хоннекера, на основании того, что это государство более не существует<sup>491</sup>. Такую радикальную позицию можно в некоторой степени объяснить с учетом особой ситуации, которой являлось воссоединение Германии<sup>492</sup>.

---

<sup>490</sup> См. (*Institut, Yearbook, op. cit.*, Verhoeven, Rapport provisoire, p. 540: "Тем не менее остается сложным определить, что оправдывало бы сохранение личного иммунитета в отсутствие государства, так как обязательное предоставление иммунитета было бы продиктовано исключительно собственными интересами"). (Сноска пропущена.)

<sup>491</sup> См., в частности, Федеральный конституционный суд, 21 февраля 1992 года, который отклонил довод защиты бывшего главы государства Демократической Республики Германии Хоннекера в отношении иммунитета (опубликовано на немецком в *Deutsche Rechtsprechung zum Völkerrecht und Europarecht, 1986-1993*, Berlin, Springer, 1997, pp. 129-130), а в кратком изложении на английском языке указано: "Иммунитет главы государства не может сохраняться после того, как перестало существовать государство, которое он или она представляли. Поэтому после упразднения государства его представители могут подлежать уголовной юрисдикции других государств". См. также Federal Supreme Court (BHG), *Border Guards Prosecution, Judgment of 3 November 1992*, приводится в *ILR*, vol. 100, pp. 372-373 ("[...] ответчики не должны рассматриваться как представители иностранного государства по той простой причине, что ГДР [Германская Демократическая Республика] более не существует"); и аналогичным образом, Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht), Decision of 24 October 1996, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 95, pp. 96ff, которое кратко изложено в базе данных о практике государств в отношении иммунитетов государств, которую ведет Комитет юристов – консультантов по международному публичному праву (КАДХИ) Совета Европы ([http://www.coe.int/t/e/legal\\_affairs/legal\\_co-operation/public\\_international\\_law/State\\_Immunities/](http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/public_international_law/State_Immunities/)).

<sup>492</sup> См. замечания, сделанные Уоттсом (*op. cit.* (1994), p. 89) в комментариях к уголовному процессу, возбужденному в Германии в 1992 году против Эриха Хоннекера и прекращенному в начале 1993 года по причине слабого здоровья Хоннекера. По мнению автора, "вероятно, что была занята позиция, согласно которой, поскольку Германская Демократическая Республика (ГДР) была вправе привлечь к судебной ответственности своего собственного главу государства, после ее присоединения к Федеративной Республике Германии (ФРГ) это право перешло к ФРГ, которая воспользовалась им, возбудив судебный процесс на основе законодательства, которое в прошлом применялось в ГДР. Другие относящиеся к делу соображения заключаются в том, что по присоединении ГДР к ФРГ можно считать, что последняя получила по преемству принадлежавшее первой право снять иммунитет с главы государства, и она воспользовалась этим правом логичным образом, возбудив судебное разбирательство; и поскольку иммунитет главы государства существует для защиты интересов этого государства, а не интересов конкретного лица, занимающего должность, исчезновение государства делает этот иммунитет лишенным какого-либо основания".

### 3. Возможные исключения на основе характера преступного поведения

#### а) Преступления по международному праву

180. Возникает вопрос о том, распространяется ли иммунитет *ratione materiae* на преступления по международному праву<sup>493</sup>.

181. Как указывалось выше<sup>494</sup>, в деле, касающемся ордера на арест, Международный Суд постановил, что действие иммунитета от уголовной юрисдикции для действующего министра иностранных дел не подлежит какому-либо исключению в случае преступлений по международному праву. Однако Суд непосредственно не рассматривал вопрос о возможном существовании такого исключения в связи с иммунитетом *ratione materiae* для *бывшего* министра иностранных дел. Тем не менее в решении Суда содержится следующее частное определение, которое толкуется как подразумевающее отрицание существования такого исключения<sup>495</sup>:

"При условии, что суд любого государства обладает юрисдикцией согласно международному праву, он может судить бывшего министра иностранных дел другого государства в отношении действий, совершенных до или после его или ее пребывания в должности, а также в отношении действий, совершенных *в личном качестве* во время пребывания в должности"<sup>496</sup>. (Курсив добавлен.)

182. На самом деле, поскольку в приведенной цитате отсутствует какое-либо упоминание о праве государства возбудить судебное преследование в отношении бывшего министра иностранных дел за преступления по международному праву, частное определение Суда можно толковать как отказ в таком праве, хотя можно сделать и иной вывод, если считать, что такие преступления по определению выходят за рамки функций

---

<sup>493</sup> Определение понятия "преступления по международному праву" в целях настоящего исследования см. выше, в разделе В.1 части первой.

<sup>494</sup> См. выше, раздел А.3 части второй.

<sup>495</sup> См., например, Wouters, *op. cit.*, p. 267: "К сожалению, решение Суда можно ... истолковать таким образом, что лица могут сохранять иммунитет от судебного преследования за международные преступления после того, как они перестали быть министрами". См. также Paola Gaeta, "Ratione Materiae Immunities of Former Heads of State and International Crimes: the *Hisséne Habré Case*", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1 (2003-1), p. 189: "Итак, по мнению Суда, общая норма об иммунитетах *ratione materiae*, согласно которой государство не может осуществлять юрисдикцию над должностным лицом иностранного государства в отношении действий, который он или она совершили в официальном качестве, без согласия государства, которому принадлежало это должностное лицо, распространяется также на вменяемые ему или ей международные преступления".

<sup>496</sup> *Arrest Warrant*, para. 61.



государственного органа и поэтому должны квалифицироваться как "частные" действия<sup>497</sup>. Поскольку это можно толковать как отрицание существования какого-либо исключения из иммунитета *ratione materiae* в отношении преступлений по международному праву, частное определение Суда подверглось критике со стороны нескольких авторов как противоречащее текущему состоянию международного права<sup>498</sup>. Частное определение

---

<sup>497</sup> По этому вопросу см. критические замечания Жана Салмона в Jean Salmon, *op. cit.* (2002), pp. 561-517: «Обычно используемая формулировка гласит, что иммунитеты продолжают распространяться после истечения срока исполнения функций *на действия, совершенные этим лицом в период выполнения им своих служебных обязанностей*. Законность этого правила проста: государственный чиновник не должен преследоваться за предпринятые действия по факту их совершения, не им лично, а государственным лицом, действовавшим в интересах этого государства. Эта классическая формулировка сама может быть подвергнута различным интерпретациям. [...] Классический вопрос, который она вызывает, состоит в том, чтобы понять, является ли неправомерный акт (с международной точки зрения) действием, совершенным в период выполнения лицом своих обязанностей. В особых случаях вопрос стоит о значимости, когда речь идет о военных преступлениях и преступлениях против человечества, когда установлено, что они были совершены в целях проведения государственной политики и, следовательно, во исполнение лицом своих функций. Как бы там ни было, Суд использовал не классическую, а противоположную ей формулировку: иммунитет не распространяется на действия, совершенные в период выполнения чиновником своих функций, если он действовал "частным образом" (*in private capacity* в английском варианте текста). Эта формулировка хуже, чем предыдущая, если мы хотим исключить из понятия "иммунитет" военные преступления и преступления против человечества; так как еще остается возможным утверждать, что политика геноцида, принудительного исчезновения или этнической чистки не является актом (подразумеваемым нормальным) выполнения государственной функции. И, разумеется, речь не идет о совершении действий частного порядка, за исключением случаев, когда присутствуют доказательства, что мы имеем дело с опасным душевнобольным, извращенцем, который действовал за спиной руководства его страны! Принятая Судом формулировка, которая, хотелось бы надеяться, стала плодом невнимательности, является особенно достойной сожаления. По этой причине она никак не представляет общепринятое международное право. Если она рассматривает военные преступления и преступления против человечества как частные действия, она не должна об этом говорить. Умалчивая это, она продлевает и обостряет разногласия.» См. также Shaw, *op. cit.* (2003), p. 659 (касательно частного определения Международного Суда): "Как представляется, это оставляет открытым вопрос о судебном преследовании за действия, совершенные в нарушение международного права (такие, как, например, пытки), если их не рассматривать как подпадающие под категорию частных действий".

<sup>498</sup> См., в частности, Cassese, "When May Senior State Officials...", *op. cit.*, pp. 866-870, особенно p. 868 ("Следовательно, если толковать правовую позицию Суда буквально, получается, что министры иностранных дел никогда не могут или в очень редких случаях могут подвергнуться судебному преследованию за международные преступления, совершенные *во время пребывания в должности*. Однако возникает более радикальный вопрос, который заключается в следующем: *почему* следует ограничивать процессы в иностранных судах делами, касающимися действий, совершенных в частном качестве? *Какие международные нормы* исключают действия в официальном качестве?" (Курсив в оригинале.)); David S. Koller, "Immunities of Foreign Ministers: Paragraph 61 of the Yerodia Judgment As It Pertains to the Security Council and the International

Суда можно также рассматривать как потенциальную причину неопределенности в представлении государств о текущем статусе международного права касательно иммунитета *ratione materiae* в отношении преступлений по международному праву<sup>499</sup>.

---

Criminal Court", *American University International Law Review*, vol. 20 (2004), pp. 16-17, относительно *Arrest Warrant*, para. 61 ("Суд приводит четыре примера, когда иммунитет не существует, явно подразумевая, что при любых обстоятельствах, не включенных в этот исчерпывающий перечень, министр иностранных дел сохраняет абсолютный иммунитет"; и *ibid.*, p. 18: "Поскольку Суд исходит из того, что в пункте 61 предусмотрен исчерпывающий перечень таких обстоятельств, когда иммунитет не применяется, очевидным следствием этого заявления является то, что иммунитет охраняет все действия бывшего министра иностранных дел, совершенные в официальном качестве. Это включает серьезные международные преступления, в том числе преступления против человечности, военные преступления, геноцид и пытки, что делает решение Суда противоречащим общепринятым принципам международного права"); и Sassoli, *op. cit.*, pp. 800-801: ("Не ясно, для чего было необходимо уточнение [Международного суда] по поводу того, что среди действий, совершенных во время выполнения мандата, только те из них подвергаются преследованию, которые являются частыми, так как г-н Йеродия совершил действия, которые ему вменяются в вину, еще до того, как он стал министром. Этот пример ясно демонстрирует, что государственный чиновник, что касается выполнения им своих функций, продолжает пользоваться иммунитетом от его уголовного преследования судами третьих стран. Суд не объясняет причин подобного временного расширения рамок иммунитета по отношению к выполнению функций чиновника. [...] Ограничение этого иммунитета по отношению к функциям чиновника, вероятно, продиктовано старой иллюзией, которая вписывается в чисто межгосударственную логику международного права и которая должна была бы исчезнуть уже по крайней мере 57 лет тому назад. И действительно, речь шла о доводах защиты опасных военных нацистских преступников в Нюрнберге. В соответствии с этими доводами за действие, которое приписывалось государству или даже было взято на себя государством, не могли более нести ответственность лица, которые его совершили. [...] Серьезные сомнения допускаются в случае необходимости проверки, соответствует ли практике принципиальная концепция *in parem habet imperium*. Государства и суды решили, что можно отделить индивида, даже высокопоставленного, от его государства, когда речь идет о том, что положение чиновника не может освободить лицо от его персональной уголовной ответственности. Эта практика касается не только процедур, принятых в международных судах, но и также и в судах на национальном уровне. Она несовместима с расширением принципа *in parem habet imperium* в отношении лиц, действующих от имени государства".) См. также Buzzini, *op. cit.*, p. 294, fn 933, который считает, что частное определение Суда вряд ли совместимо с последними тенденциями в международном уголовном праве.

<sup>499</sup> По мнению Гаета (Gaeta, *op. cit.* (2003), p. 195), неопределенность, вызванная частным определением Суда, может объяснить позицию, занятую бельгийскими властями в уголовном процессе против бывшего президента Чада Хиссена Хабре. Автор указывает на то, что бельгийский судья, проводивший судебное следствие, "посчитал необходимым обратиться к властям Чада по вопросу об иммунитетах, если таковые имелись, которыми пользовался бывший диктатор", в отношении обвинений в совершении преступлений против человечности и применении пыток. Затем автор рассматривает вопрос о правовом характере письма от 7 октября 2002 года, которое было направлено бельгийскому судье, проводившему судебное следствие, министром правосудия Чада и в котором указывалось, что Хабре "не вправе требовать от властей Чада какого-либо иммунитета" (текст письма имеется на сайте по адресу: (<http://hrw.org/french/press/2002/tchad1205a.htm>)). В

183. И напротив, Апелляционная камера МТБЮ четко заявила в своем решении о вызове в суд в деле Блашкича, что иммунитет *ratione materiae* не существует в отношении преступлений, предусмотренных в международном праве, таких как военные преступления, преступления против человечности и геноцид. В соответствующей выдержке из решения заявляется следующее:

"Эти исключения [из нормы обычного права, предусматривающей функциональный иммунитет для должностных лиц государства] вытекают из норм международного уголовного права, которые запрещают военные преступления, преступления против человечности и геноцид. Согласно этим нормам лица, ответственные за совершение таких преступлений, не могут ссылаться на иммунитет от национальной или международной юрисдикции, даже если они совершили такие преступления, действуя в официальном качестве [...]"<sup>500</sup>.

184. Неприменимость иммунитета *ratione materiae* в отношении международных преступлений подтверждается в некоторой мере и прецедентным правом внутригосударственных судов. В связи с этим часто делается ссылка на решение Верховного суда Израиля по делу Эйхмана<sup>501</sup>. Следует напомнить, что этот вопрос рассматривался Верховным судом в аспекте доктрины "действие государства". Однако, поскольку Верховный суд дал определение термина "действие государства", которое представляется совпадающим с концепцией иммунитета *ratione materiae*, рассмотренной в настоящем исследовании<sup>502</sup>, возможно, выводы Суда в решении по делу Эйхмана имеют

---

этом отношении автор отмечает, что "[...] такой отказ был обоснован соответствующим внутренним статутом, снявшим с Хиссена Хабре *иммунитеты от национальной юрисдикции* в отношении преступлений, которые он, как предполагается, совершил в Чаде, будучи главой государства. [...] Таким образом, представляется, что правительство Чада перепутало иммунитеты от национальных судов Чада, то есть иммунитеты, предоставляемые некоторым должностным лицам государства на основе *внутреннего публичного права*, с иммунитетами от иностранных внутригосударственных судов, то есть иммунитетами, которые *международное право* предоставляет некоторым конкретным категориям должностных лиц государства от иностранных судов". Вопрос об отказе от иммунитета рассматривается в разделе С настоящей Части.

<sup>500</sup> *Prosecutor v. Blaškić, Sub poena decision*, para. 41.

<sup>501</sup> Цитируется выше, в разделе С.3 Части первой. Виллалпандо (Villalpando, *op. cit.*, p. 424) рассматривает дело Эйхмана как прецедент, обеспечивающий дополнительные аргументы в пользу снятия иммунитета *ratione materiae* в отношении преступлений по международному праву.

<sup>502</sup> *Eichmann case* (Supreme Court of Israel), pp. 308-309, para. 14: «Концепция "действие государства" означает, что действие, совершенное лицом как органом государства, независимо от того, является ли оно главой государства или ответственным должностным лицом, действующим по приказу правительства, должно расцениваться как действие только государства. Из этого следует, что только последнее несет ответственность

отношение к данному вопросу<sup>503</sup>. Верховный суд, подтверждая решение окружного суда Иерусалима по этому вопросу<sup>504</sup>, отклонил ссылку Эйхмана на "действие государства", постановив, что этот довод защиты не применяется в отношении преступлений, предусмотренных в международном праве. Вынося такое заключение, Верховный суд исходил, в частности, из статьи 7 Статута Нюрнбергского трибунала и Принципа № III Нюрнбергских принципов<sup>505</sup>. Позиция Верховного суда ярко выражена в следующих выдержках из его решения:

«В любом случае отсутствуют какие-либо основания для применения доктрины, когда речь идет о действиях, запрещенных международным правом, особенно, когда они являются международными преступлениями, относящимися к категории "преступлений против человечности" (в широком смысле слова). О таких злодеяниях необходимо сказать, что в соответствии с международным правом они абсолютно выходят за рамки "суверенной" юрисдикции государства, которое приказало совершить их или одобрило их совершение, и поэтому те, кто участвовал в таких деяниях, должны нести за них персональную ответственность и не могут прикрываться официальным характером их задачи или миссии или "законами" государства, на основании которых они действовали. Их положение можно сравнить с положением лица, которое, совершив преступление в интересах представляемой им корпорации, не может прикрываться коллективной ответственностью корпорации за это преступление. Иными словами, международное право устанавливает недопустимость того, чтобы государство санкционировало действие, которое нарушает строгие запреты, предусмотренные в международном праве, и из этого вытекает принцип, формирующий суть концепции "международного преступления", согласно которой лицо, являющееся участником такого преступления, должно нести персональную ответственность за

---

за эти действия, а также следует, что другое государство не имеет права наказывать лицо, которое совершило это действие, за исключением случаев, когда государство, чье поручение выполнялось, дало на это согласие. В обратном случае первое государство вмешалось бы во внутренние дела второго государства, что противоречит концепции равенства государств, основанного на их суверенитете». (Сноска пропущена.)

<sup>503</sup> См. замечание де Сены (*De Sena, op. cit.*, p. 383): «В деле Эйхмана центральная идея, лежащая в основе отклонения Верховным судом Израиля заявления о наличии "действия государства", сводилась фактически к неприменимости в данном случае иммунитета государственных органов, даже если преступления, совершенные Эйхманом, можно отнести на счет германского государства». (Курсив в оригинале.)

<sup>504</sup> Решение от 12 декабря 1961 года, приводится в *ILR*, vol. 36, pp. 18-276, (p. 44-48).

<sup>505</sup> См. подпункт с) пункта 14 решения Верховного суда.

его совершение. Если бы было иначе, уголовно-правовые нормы международного права были бы издевкой"<sup>506</sup>.

[...]

[...] Дискриминационные и грабительские законы этого преступного государства и кровавые приказы деспота, который управлял его делами, не являются законами с точки зрения международного права и никоим образом не могут придать правомерность этим ужасным преступлениям или освободить тех, кто участвовал в их совершении, от лежащей на них персональной ответственности»<sup>507</sup>.

185. Следует также обратить внимание на решение палаты лордов по делу Пиночета (№ 3). Палата лордов изучила вопрос об иммунитете в аспекте международного публичного права, поскольку в этом вопросе британское законодательство просто ссылается, *mutatis mutandis*, на иммунитеты, которые признаны за главами дипломатических представительств<sup>508</sup>. Однако, согласно доводам лордов, отказ Пиночету в иммунитете *ratione materiae* в отношении преступлений, которые он якобы совершил во время своего президентства, был по существу обоснован действием Конвенции Организации Объединенных Наций против пыток 1984 года<sup>509</sup>, в отличие от общего

---

<sup>506</sup> Там же, подпункт b) пункта 14.

<sup>507</sup> Там же, подпункт d) пункта 14.

<sup>508</sup> Пункт 1 статьи 20 британского Закона об иммунитете государства 1987 года. Поскольку Закон о дипломатических привилегиях 1964 года включал положения Венской конвенции о дипломатических сношениях, был применен пункт 2 статьи 39 этой Конвенции, который касается иммунитетов дипломата, прекратившего выполнение своих функций.

<sup>509</sup> *Pinochet* (No. 3). См., в частности, позиции лордов Брауна-Уилкинсона (pp. 594-595); Хоупа Крэгхед (pp. 623-627) и Севилля Ньюдигейт (pp. 642-643), в сравнении с особым мнением лорда Гоффа Чивли (p. 600ff), согласно которому ратификация Конвенции против пыток не означала "снятия" иммунитета. Комментарии относительно логики рассуждений лордов см. в Villalpando, *op. cit.*, p. 412ff. Автор подчеркивает, что отказ в иммунитете Пиночету в решении палаты лордов от 24 марта 1999 года ограничивался актами пыток и сговором с целью применения пыток, которые произошли после 8 декабря 1988 года (то есть после ратификации Соединенным Королевством Конвенции против пыток, что соответствовало дате, с которой суды Соединенного Королевства стали обладать юрисдикцией для экстерриториального преследования за эти преступления). Далее автор отмечает (pp. 414-416), что с целью исключения иммунитета в отношении пыток семь лордов исходили из семи различных аргументаций, которые несколько затруднительно совместить друг с другом. Он отмечает также (pp. 417-418), что в любом случае аргументации, приведенные лордами, основаны на Конвенции против пыток и поэтому указывают на многие ограничения *ratione materiae* (то есть в отношении преступлений), *personae* (то есть в отношении государств – участников Конвенции) и *temporis* (то есть в отношении даты вступления Конвенции в силу). См. также O'Neil, *op. cit.*, p. 317 ("Решение по делу Пиночета создает прецедент для отказа главе государства в иммунитете только в таких ситуациях, когда бывший глава

исключения преступлений по международному праву, которое предусмотрено в нормах обычного права<sup>510</sup>.

186. Представляется, что другие решения внутригосударственных судов или дела, рассматриваемые ими, свидетельствуют о подтверждении неприменимости иммунитета *ratione materiae* в отношении преступлений по международному праву. Например, в просьбе о выдаче Пиночета, представленной 3 ноября 1998 года, испанские власти четко выразили мнение, согласно которому бывшие главы государств не пользуются иммунитетом в отношении преступлений по международному праву<sup>511</sup>. Аналогичным образом, в недавно вынесенном решении испанская Audiencia nacional косвенно признала, что бывший глава государства не пользуется иммунитетом *ratione materiae* в отношении

---

государства обвиняется в преступлении по международному праву в соответствии с регулирующим договором, который применяется к главам государств и который подписан как страной руководителя государства, так и страной, где рассматривается дело".); Clive Nicholls, "Reflections on Pinochet", *Virginia Journal of International Law*, vol. 41 (2000), p. 146 ("В решении по делу Пиночета № 3 установлено, что бывший глава государства не обладает никаким иммунитетом в отношении международного преступления в виде пыток. Законодательным положением, регулирующим иммунитет в Соединенном Королевстве, является статья 20 Закона об иммунитете государства 1978 года, в сочетании с пунктом 2 статьи 39 приложения 1 к Закону о дипломатических привилегиях 1964 года. Апелляционный комитет постановил большинством голосов, что в целом в соответствии с этими положениями глава государства имеет иммунитет *ratione personae* (на основании своего статуса главы государства), а бывший глава государства – иммунитет *ratione materiae* (в отношении своих официальных или властных действий). Однако по делу Пиночета № 3 большинством голосов было принято решение, что бывший глава государства не обладает иммунитетом в отношении актов пыток или сговора с целью их применения после 8 декабря 1988 года, когда Испания, Чили и Соединенное Королевство ратифицировали Конвенцию против пыток, поскольку они не имели намерения сохранить иммунитет для бывших глав государств после соответствующей ратификации".); и Cosnard, *op. cit.* (1999), pp. 314-320.

<sup>510</sup> Однако см. мнение лорда Хоупа Крэгхед в *Pinochet* (No. 3), pp. 625-627. Как отмечает Виллалпандо (Villalpando, *op. cit.*, p. 416), лорд Хоуп Крэгхед, отказывая в иммунитете в отношении актов систематических или массовых пыток, которые применялись после 1988 года, основывал свою аргументацию не столько на самой Конвенции, сколько на обязательствах по нормам обычного права, которыми было связано Соединенное Королевство в отношении международных преступлений на момент ратификации Конвенции против пыток.

<sup>511</sup> Просьба о выдаче, переданная 3 ноября 1998 года (*Auto de solicitud de extradición de Pinochet*), Мадрид, 3 ноября 1998 года (приводится в <http://www.ua.es/up/pinochet/documentos/auto-03-11-98/auto24.htm>), четвертый абзац, подпункт d) пункта 5, где указано, что положение бывших глав государств в этом аспекте сильно отличается от положения действующих глав государств: ("Однако ситуация в корне отличается, когда речь идет о главах государств. Международное право не обязывает их защищать, и на основании тех же принципов, что используются в доктрине государственного судопроизводства, это не распространяется на преступления, подпадающие под международное право. Таким образом, все современное международное уголовное право отвергает прямо или косвенно, но достаточно ясно, защиту, основанную на положениях официальных документов и на иммунитете глав правительств или приравненных к ним лиц").

актов геноцида<sup>512</sup>. Неприменимость иммунитета *ratione materiae* к должностным лицам государства в отношении преступлений по международному праву подтверждена также итальянским Corte di cassazione в деле Феррини<sup>513</sup>.

187. Стоит также упомянуть дело бывшего президента Чада Хиссена Хабре, обвиняемого в преступлениях по международному праву, якобы совершенных им во время пребывания в должности. В 2006 году Африканский союз обязал Республику Сенегал возбудить уголовное дело против Хабре "от имени Африки"<sup>514</sup>. Комитет африканских юристов, учрежденный Африканским союзом с целью изучения вопроса о судебном преследовании Хиссена Хабре, занял позицию, согласно которой "Хиссен Хабре не может

---

<sup>512</sup> Испания (*Audiencia nacional, Auto del juzgado central de instrucción No. 4*, 6 February 2008, Fourth paragraph, no. 1, p. 157). Хотя дело касалось действующего главы государства Руанды г-на Кагаме и поэтому относилось к иммунитету *ratione personae*, Audiencia nacional указала, исходя из противоположного, что бывший глава государства не пользуется иммунитетом *ratione materiae* в отношении преступлений, предусмотренных в Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него: ("Уже в Конвенции против геноцида определено, что виновные в этом преступлении предстанут перед судами тех государств, на территории которых были совершены неправомерные действия, или перед компетентным Международным судом. Вопрос, который нас интересует, состоит в том, что если это так, то ни одно из указанных условий не подходит испанским судам в связи с тем, что пока будут выдвигаться подобные обвинения, иммунитет, который их защищает, будет препятствовать ведению дел"). (Курсив добавлен.)

<sup>513</sup> Court of cassation, *Ferrini v. Federal Republic of Germany*, 11 March 2004 (No. 5044), in *Rivista di diritto internazionale*, 2004, Fasc. II, pp. 540-551, para. 11. В контексте гражданского дела, возбужденного против Германии, о возмещении убытков в результате ареста, депортации и принудительного труда, причиненных истцу германскими войсками во время Второй мировой войны, итальянский Кассационный суд посчитал "бесспорным", что должностные лица государства не пользуются функциональным иммунитетом в отношении преступлений по международному праву, а также постановил, что нет никаких причин выносить иное решение в аспекте иммунитета государства. Об этом решении см. Andrea Bianchi, "Ferrini c. Repubblica federale di Germania (Italian Court of Cassation; Judgment of 11 March 2004); a Comment", *AJIL*, vol. 99 (2005), pp. 242-248.

<sup>514</sup> См. Ассамблея Африканского союза, седьмая очередная сессия, 1–2 июля 2006 года, Банджул, Гамбия, *Decision on the Hissène Habré case and the African Union* (Assembly/AU/Dec.127(VII); [http://www.africa-union.org/root/au/Conferences/Past/2006/July/summit/doc/Decisions\\_and\\_Declarations/Assembly-AU-Dec.pdf](http://www.africa-union.org/root/au/Conferences/Past/2006/July/summit/doc/Decisions_and_Declarations/Assembly-AU-Dec.pdf)), подпункт ii) пункта 5. В подпункте iv) пункта 5 того же решения Ассамблея "просит все государства-члены сотрудничать с правительством Сенегала в этом вопросе", а в подпункте v) пункта 5 решения Ассамблея "призывает международное сообщество оказать помощь правительству Сенегала". В пункте h) статьи 4 Конституционного акта Африканского союза предусмотрено право Союза вмешиваться в дела государства-члена в соответствии с решением Ассамблеи в отношении серьезных обстоятельств, а именно: военные преступления, геноцид и преступления против человечности; [http://www.africa-union.org/root/au/AboutAU/Constitutive\\_Act\\_en.htm](http://www.africa-union.org/root/au/AboutAU/Constitutive_Act_en.htm).

прикрываться иммунитетом бывшего главы государства, отвергая принцип абсолютной недопустимости безнаказанности, который был принят Ассамблеей"<sup>515</sup>.

188. Однако следует отметить, что внутригосударственные органы, даже в последнее время, не единодушны в вопросе об отказе в иммунитете *ratione materiae* должностным лицам государства, которые обвиняются в совершении преступлений по международному праву<sup>516</sup>. Так, окружной прокурор Парижа предоставил иммунитет *ratione materiae* бывшему министру обороны Соединенных Штатов в уголовном производстве, касающемся утверждений относительно действий, которые можно квалифицировать как преступления по международному праву<sup>517</sup>. Кроме того, в своем решении по делу Джонса

---

<sup>515</sup> См. *the Report of the Committee of Eminent African Jurists on the case of Hissene Habré*, presented to the Summit of the African Union in July 2006 (available at: [http://www.hrw.org/justice/habre/CEJA\\_Report0506.pdf](http://www.hrw.org/justice/habre/CEJA_Report0506.pdf)), para. 13. Как указывалось выше (сноска 499), власти Чада сняли с Хабре иммунитет в ходе уголовного судопроизводства, возбужденного против него в Бельгии.

<sup>516</sup> Об отношении нидерландских властей к делу Пиночета см. van Alebeek, *op. cit.*, p. 69: «Когда Пиночет посетил Нидерланды в 1994 году, голландский государственный обвинитель не принял мер по просьбе арестовать генерала. После того как Пиночет благополучно покинул страну, был подан иск против государственного обвинителя за то, что он не привлек к ответственности бывшего диктатора. Суд отклонил этот иск, заявив, что "очевидно, что уголовное преследование Пиночета... может натолкнуться на такое множество правовых и практических проблем, что государственный обвинитель был в полном праве не возбуждать уголовное дело" (*Gerechsthof Amsterdam, Chili Komitee Nederland v. Public Prosecutor* (1995), приводится в *Netherlands Yearbook of International Law*, 28 (1997), pp. 363-365)».

<sup>517</sup> 25 октября 2007 года четыре правозащитные организации (Международная федерация прав человека, Центр по конституционным правам, *Ligue des droits de l'Homme et du Citoyen* (Лига прав человека и гражданина) и Европейский центр по конституционным правам и правам человека) подали окружному прокурору Парижа жалобу на бывшего министра обороны Соединенных Штатов Дональда Рамсфильда, в которой утверждалось, что он несет ответственность за пытки, поскольку непосредственно и лично разработал и приказал применить жесткие методы ведения допросов, представляющие собой пытки, в тюрьмах залива Гуантанамо и Абу-Грейба в нарушение Конвенции против пыток 1984 года, которая ратифицирована Францией и применяется в ней. На момент подачи жалобы Дональд Рамсфильд находился с визитом на французской территории. В письме, датированном 16 ноября 2007 года (<http://www.fidh.org/IMG/pdf/reponseproc23nov07.pdf>), окружной прокурор Парижа (*Procureur de la République près le Tribunal de grande instance de Paris*) Жан-Клод Марен сообщил адвокату сторон об отклонении жалобы, приведя следующие объяснения:

"Службы Министерства иностранных дел [...] отметили, что во исполнение правил общепринятого международного права, закрепленного в Международном суде, уголовный юрисдикционный иммунитет распространяется в отношении действий, совершенных на официальной основе главами государств, правительств и министров иностранных дел после прекращения выполнения ими своих обязанностей. Господин РАМСФЕЛЬД, будучи министром обороны, должен был бы пользоваться за счет расширенного понятия тем же иммунитетом в отношении действий, совершенных в ходе выполнения им своих служебных обязанностей.



палата лордов Соединенного Королевства предоставила иммунитет от гражданской юрисдикции в отношении актов пыток Королевству Саудовская Аравия и некоторым его должностным лицам на основании того, в частности, что в отличие от ситуации в деле Пиночета в данном случае отсутствует какой-либо применимый международный договор, предусматривающий снятие иммунитета от гражданской юрисдикции в отношении актов пыток<sup>518</sup>.

189. Несмотря на неопределенность, которая все еще существует в этом вопросе<sup>519</sup>, в юридической литературе все чаще высказывается мнение, что иммунитет *ratione materiae* не применяется в отношении преступлений по международному праву<sup>520</sup>. Этот принцип четко подтвержден Институтом в пункте 2 статьи 13 его резолюции 2001 года, в котором

---

Впрочем, его пребывание во Франции должно было завершиться 27 октября 2007 года.

Таким образом, моя прокуратура присвоила этой бессвязной процедуре номер записи P0729908132."

<sup>518</sup> Дело Джонса, особенно мнение лорда Хоффмана, пункт 71. Доводы, представленные лордами, основывались на том, что материально-правовой запрет пыток и иммунитет от юрисдикции – это разные вопросы, как ясно указал лорд Хоффман (пункт 44): "Норма общего международного права предусматривает запрещение пыток. Но Соединенное Королевство в соответствии с иммунитетом государства Королевства [Саудовская Аравия] не предполагает применение пыток к кому-либо. Претендуя на иммунитет, Королевство [Саудовская Аравия] не оправдывает также применение пыток". См. об этом деле Carlo Focarelli, "I limiti dello jus cogens nella giurisprudenza più recente", *Rivista di diritto internazionale*, vol. 90 (2007), pp. 637-656, at pp. 642-646.

<sup>519</sup> См. Fox, "The Resolution of the Institute of International Law", *op. cit.*, p. 125, где комментируется резолюция Института: "Вопрос о снятии с главы государства после его ухода с должности иммунитета от уголовной юрисдикции за совершение международного преступления при исполнении официальных функций остается неопределенным, но такое снятие иммунитета поддерживается в решении по делу Пиночета, каким бы спорным это решение ни было". См. также замечание лорда Хоупа-оф Крэгхед в деле Пиночета (№ 3), pp. 622-623: "[...] даже в отношении таких тяжких преступлений, которые предусмотрены в общих нормах международного обычного права, все еще не существует общего согласия об их исключении из иммунитета, на который имеют право бывшие главы государств, от юрисдикции иностранных национальных судов".

<sup>520</sup> См., в частности, Bianchi, *op. cit.* (1999), p. 259; Day, *op. cit.*, pp. 499ff (в отношении "основных преступлений"); Dominić, *op. cit.*, pp. 305-306 (конкретно об иммунитете бывшего главы государства); Klingberg, *op. cit.*, p. 552 ("в соответствии с международным обычным правом бывшие главы государств, как и любые другие должностные лица государства, пользуются так называемым функциональным иммунитетом в отношении своих действий в официальном качестве. Однако, в отличие от случаев личного иммунитета, можно с уверенностью утверждать, что появилось исключение из нормы о предоставлении функционального иммунитета, если бывшее должностное лицо государства подозревается в совершении военных преступлений или преступлений против человечности"); а также авторы, упомянутые ниже в данном разделе, и другие, на которых дается ссылка в Villalpando, *op. cit.*, p. 414, fn 138.

предусмотрено, что бывший глава государства (как и бывший глава правительства<sup>521</sup>) "[...] может подвергнуться уголовному преследованию и быть судим, если действия, как предполагается, представляют собой преступление по международному праву [...]"<sup>522</sup>. Помимо военных преступлений, преступлений против человечности, геноцида и попыток предлагается не применять иммунитет *ratione materiae* в отношении "грубых нарушений прав человека"<sup>523</sup>, воздушных бомбардировок<sup>524</sup>, чрезвычайных операций по передаче преступника<sup>525</sup> и "серьезных преступлений международного терроризма при поддержке государства"<sup>526</sup>.

190. В юридической литературе и судебных решениях приводятся несколько аргументов и соображений в пользу неприменимости иммунитета *ratione materiae* должностных лиц государства в отношении преступлений по международному праву. Несмотря на разнообразие таких аргументов и соображений, можно выделить два главных направления рассуждений. Первое исходит из исключения преступлений по международному праву как "неофициальных" действий, и поэтому они не подпадают под естественную сферу применения иммунитета *ratione materiae*. Второе основано на утверждении, что преступления по международному праву, будь они официальными действиями или неофициальными, подлежат выведению за рамки иммунитета *ratione materiae* по причине исключения, признанного международным правом<sup>527</sup>.

---

<sup>521</sup> См. статью 16 резолюции.

<sup>522</sup> *Institut, Yearbook, op. cit.*, p. 753.

<sup>523</sup> ILA, *Final report...*, *op. cit.*, p. 423, Conclusions and recommendations, No. 4: "Никакие иммунитеты не могут применяться в отношении грубых нарушений прав человека, подлежащих универсальной юрисдикции, на основании того, что эти преступления были совершены в официальном качестве".

<sup>524</sup> Zappalà, *op. cit.*, p. 611: "Представляется правильным утверждение, согласно которому воздушные бомбардировки (приведшие к массовой гибели ни в чем не повинных гражданских лиц) должны рассматриваться как преступление по международному праву и не могут служить основанием для иммунитета в отношении действий, совершенных в официальном качестве".

<sup>525</sup> См., в частности, Gaeta, *op. cit.* (2006), p. 129, где приводится пример похищения Абу Омара агентами ЦРУ в Милане в январе 2003 года. Автор утверждает, что такие чрезвычайные операции по передаче преступника подвергают его риску применения пыток (запрет которых, как представляется, приобрел статус нормы международного права) и могут привести к грубым и систематическим нарушениям прав человека.

<sup>526</sup> Cassese, "When May Senior State Officials...", *op. cit.*, p. 864.

<sup>527</sup> В своем приказе от 6 ноября 1998 года в рамках уголовного дела, возбужденного против Пиночета в Бельгии, судья Вандермеерш подчеркнул, что на действия, в которых обвиняется Пиночет, не распространяется иммунитет по двум причинам: 1) поскольку они не входят в обычное выполнение функций главы государства; и 2) поскольку иммунитет, предоставляемый главам государств, не распространяется на преступления по международному праву; *op. cit.*, section 3.1. Вейемберг (Weyembergh, *op. cit.*, p. 185) критикует приказ судьи

**i) Исключение преступлений на основании "неофициального" характера действий**

191. В отношении первого направления рассуждений некоторые авторы высказывают мнение, что преступления по международному праву не могут рассматриваться как "официальные действия", поскольку они не относятся к "обычным" функциям государства<sup>528</sup>. Этот аргумент приводится также в совместном особом мнении судей

---

Вандермеерша, отметив, что оба приведенных аргумента сводятся к одному: по мнению этого автора, именно потому, что преступления по международному праву не могут рассматриваться как действия, относящиеся к функциям главы государства, эти преступления и не охватываются иммунитетом, предоставляемым бывшим главам государств.

<sup>528</sup> См., в частности, Andrea Bianchi, "Denying State Immunity to Violators of Human Rights", *Austrian Journal of Public and International Law*, vol. 46 (1994), pp. 227-228; Sears, *op. cit.*, p. 126 («"Парадокс Пиночета", который привел к делу о предполагаемых пытках, является особенно сложным: согласно требованиям международного права, чтобы считаться преступлением, пытки должны применяться государственным должностным лицом, действующим в официальном качестве, но оно также предусматривает, что должностное лицо, несущее наибольшую ответственность – глава государства, который приказывает применять пытки, – пользуется иммунитетом в отношении своих официальных действий. Тогда возникает вопрос: правильно ли вообще рассматривать поведение, являющееся преступным согласно международному праву, как "официальные действия". В решении британской палаты лордов по делу генерала Пиночета установлено, что такой результат не может быть допущен»); Shaw, *op. cit.* (2003), p. 658 («Определение термина "официальные действия" остается несколько неясным, но предполагается, что он исключает действия, совершенные явно в нарушение международного права. По крайней мере, из судебного решения *Ex parte Pinochet* (No. 3) можно сделать вывод, что наличие данного правонарушения как преступления по международному праву обычно, в некотором сочетании с универсальным или экстерриториальным механизмом правоприменения, исключает претензию на иммунитет *ratione materiae*, по крайней мере постольку, поскольку это касается государств – участников соответствующего международного договора. Возможно, это является осторожным толкованием, и право в этой области, вероятно, будет еще развиваться»); Tunks, *op. cit.*, p. 659 (комментируя дело Пиночета, автор отмечает: "Хотя бывшие главы государств все еще сохраняют иммунитет в отношении официальных действий, совершенных ими в период пребывания у власти, они не пользуются никакой защитой в отношении своих международных преступлений, поскольку такие серьезные злоупотребления не могут входить в законные функции главы государства. Несмотря на то что в то время Пиночет выступал как глава государства, международное право признает акты пыток настолько выходящими за рамки легитимных действий государства, что он должен рассматриваться как частное лицо в отношении такого поведения". Затем автор добавляет: "Снятие иммунитета за частные действия бывших глав государств, включая международные преступления при любых обстоятельствах, согласуется с двумя связанными целями доктрины иммунитета главы государства: уважение суверенного равноправия государств и содействие дипломатическим функциям»); и White, *op. cit.*, pp. 216-222 (где утверждается, что акты пыток и преступления против человечности не могут рассматриваться как официальные действия главы государства по международному праву, при условии что международное право признает их преступными). См. также Bennouna, в *Institut, Yearbook, op. cit.*, p. 616.

Хиггинс, Коойоманса и Бюргенталя в деле об ордере на арест<sup>529</sup>. В отношении пыток и сговора с целью их применения такой же аргумент был представлен некоторыми судебными лордами в решении палаты лордов по делу Пиночета от 25 ноября 1998 года<sup>530</sup> и впоследствии упоминается некоторыми лордами, хотя и несколько неопределенно<sup>531</sup>, в решении от 24 марта 1999 года по тому же делу<sup>532</sup>. Другие решения национальных судов, как представляется, поддерживают такую аргументацию<sup>533</sup>.

---

<sup>529</sup> Совместное особое мнение, пункт 85. Критические замечания в отношении этого подхода см. в Koller, *op. cit.*, pp. 29-30.

<sup>530</sup> *Pinochet* (No. 1), Lord Steyn, p. 1337 ("[...] как мне кажется, вряд ли можно утверждать, что совершение таких тяжких преступлений может представлять собой действия, совершенные при исполнении функций главы государства"); и Lord Nicholls, p. 1332 ("И вряд ли есть необходимость говорить о том, что применение пыток в отношении своих собственных подданных или иностранцев не будет рассматриваться международным правом как функция главы государства. Все государства признают недопустимым применение пыток, хотя время от времени некоторые и прибегают к ним. Точно так же взятие заложников, как и применение пыток, запрещено международным сообществом как преступление. Разумеется, международное право признает, что функции главы государства могут включать действия, которые являются неправомерными и даже незаконными по праву его собственного государства или других государств. Но международное право четко предусматривает, что определенные виды поведения, в том числе пытки и взятие заложников, являются неприемлемыми действиями, кто бы их ни совершил. Это распространяется в той же или даже в большей степени на глав государств, как и на любое другое лицо; противоположный вывод был бы издевательством над международным правом").

<sup>531</sup> См. Cosnard, *op. cit.* (1999), p. 319.

<sup>532</sup> См. четкую позицию лорда Хаттона, *Pinochet* (No. 3), p. 639: "Мой вывод, согласно которому Пиночет не имеет права на иммунитет, основан на том, что совершение актов пыток не является функцией главы государства, и поэтому в данном случае иммунитет, на который имеет право сенатор Пиночет как бывший глава государства, не применяется в отношении актов пыток". Более неопределенно выражена позиция лорда Брауна-Уилкинсона, *ibid.*, p. 593: "Тогда следует ответить на такой вопрос: является ли вменяемая в вину организация сенатором Пиночетом применения пыток государством (в случае доказанности) действием, совершенным сенатором Пиночетом в рамках его официальных функций как главы государства. Недостаточно сказать, что совершение преступления не может быть частью функций главы государства. Действия, признанные преступными по местному праву, могут при этом совершаться официально и поэтому подлежать иммунитету *ratione materiae*. Это дело нуждается в более тщательном анализе".

<sup>533</sup> Например, в уголовном деле, возбужденном против бывшего главы государства Суринам Деси Боутерсе, Апелляционный суд Амстердама отклонил претензию Боутерсе на иммунитет на основании того, что "совершение очень тяжких уголовных преступлений такого рода не может рассматриваться как часть официальных обязанностей главы государства"; решение от 20 ноября 2000 года, пункт 4.2, частично приводится на английском языке в *NYbIL*, vol. XXXII (2001), pp. 276-282, на p. 277. (Комментарии см. в L. Zegveld, "The Bouterse case", *ibid.*, pp. 97-118, особенно на pp. 113-116.) См. также District Court (D. Massachusetts), *Teresa Xuncax*, Judgment of 15 April 1995, 886 F.Supp. 162 (гражданское дело).

192. Однако мнение, согласно которому преступления по международному праву по своему характеру не могут расцениваться как официальные действия, подверглось критике как во внутригосударственных судах<sup>534</sup>, так и в юридической литературе<sup>535</sup>. Отмечалось, что в "в большинстве случаев [международные] преступления как раз и совершаются высокопоставленными должностными лицами или при их поддержке как часть политики

---

<sup>534</sup> См. особые мнения в *Pinochet* (No. 1): Lord Slym of Hadley, p. 1309, и Lord Lloyd of Bervick, *ibid.*, pp. 1323-1324. Комментарии см. в Pierson, *op. cit.*, p. 291 (где отмечается, что, "хотя лорды, выразившие особое мнение, не высказали это так неделикатно, их аргументация предполагает, что деспотичная власть все-таки является властью"). См. также следующие дела (хотя они и не относятся к уголовному судопроизводству): District Court, N.D. California, *Jane Doe I, et al., Plaintiffs, v. Liu Qi et al., Defendants; Plaintiff A, et al., Plaintiffs, v. Xia Deren, et al., Defendants*, Nos. C 02-0672 CW, C 02-0695 CW, 349 F.Supp.2d 1258, at pp. 1285ff (применяя Закон Соединенных Штатов об иммунитете иностранных суверенов в деле, возбужденном представителями религиозной секты Фалун Гонг против должностных лиц местной власти в Китайской Народной Республике, окружной суд отклонил доводы истцов, согласно которым "ответчики в данном деле, нарушая международное право, действовали за рамками своих полномочий и, таким образом, не имели права на иммунитет согласно FSIA" (*ibid.*, p. 1280); напротив, окружной суд пришел к заключению, что "официальная сфера полномочий" должна "измеряться в соответствии с внутренним законодательством иностранного государства" (*ibid.*, p. 1283); District Court, S.D. New York, *Ra'Ed Mohamad Ibrahim Matar, et al., Plaintiffs, v. Avraham Dichter, former Director of Israel's General Security Service, Defendant*, 2 May 2007, 500 F.Supp.2d 284, pp. 292-293 (окружной суд отклонил довод истцов, согласно которому, поскольку внесудебные казни, на которые указывается в иске, нарушали общие нормы международного права, они бесспорно выходят за рамки законных полномочий должностного лица в целях Закона об иммунитете иностранного государства); Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, *Ali Saadallah Belhas et al., Appellants v. Moshe Ya'alon, Former Head of Army Intelligence Israel, Appellee*, No. 07-7009, 15 February 2008 (в котором отклоняется довод истцов по апелляции, согласно которому генерал Яалон нарушил общие нормы международного права, поскольку он действовал "за пределами полномочий, которые предусматривают иммунитет от иска"). В отношении пыток см. также позицию, выраженную лордами Бингамом Корнхилл (para. 19) и Хоффманом (paras. 72ff) в деле Джонса, которое рассматривалось в палате лордов Соединенного Королевства.

<sup>535</sup> См., в частности, Dominice, *op. cit.*, pp. 304-305, где автор остро критикует аргументы, согласно которым, по определению, действия, противоречащие международному праву (такие, как пытки), не должны рассматриваться как действия, совершенные в официальном качестве. Критические замечания содержатся также в Akande, *op. cit.*, p. 414; Cosnard, *op. cit.* (1999), p. 315 (относительно аргументации большинства лордов в решении от 25 ноября 1998 года по делу Пиночета); De Smet and Naert, *op. cit.*, p. 505; и Sassòli, *op. cit.*, pp. 802-803 (автор обсуждает отдельные и особые мнения в деле об ордере на арест, рассмотренном в Международном Суде, в связи с вопросом о том, следует ли рассматривать международные преступления как официальные действия, и в конечном счете принимает сторону судьи Аль-Хассавнеха, который считает, что международные преступления по определению являются официальными действиями). См. также Verhoeven, Rapport provisoire, в *Institut, Yearbook...*, *op. cit.*, p. 514.

государства, и, таким образом, они могут входить в рамки официальных действий"<sup>536</sup>. Такая же точка зрения была выражена судьей *ad hoc* ван ден Вингаерт в ее несовпадающем мнении по делу об ордере на арест<sup>537</sup>. Кроме того, подход, при котором преступления по международному праву рассматриваются как "частные" по своему характеру, возможно, трудно совместить с принципом, согласно которому государство несет ответственность за преступления по международному праву, совершенные его органами<sup>538</sup>. В этом отношении стоит упомянуть о позиции, выраженной Судебной камерой МТБЮ в деле "Прокурор против Кунарача". Камера, вовсе не считая, что преступления по международному праву не следует квалифицировать как "официальные" действия, сделала следующее замечание:

"[...] В международном праве не предусмотрена какая-либо привилегия, которая ограждала бы представителей или агентов государства от личной уголовной ответственности. Напротив, совершение действий в официальном качестве может стать отягчающим обстоятельством при вынесении судебного решения, поскольку должностное лицо незаконно использовало власть, возложенную на него, и злоупотребило ею в легитимных целях"<sup>539</sup>.

---

<sup>536</sup> Wouters, *op. cit.*, p. 262. Автор подвергает критике применяемый Международным Судом «двусмысленный и спорный критерий "официальных/частных действий", вместо того чтобы признать исключение из предоставления иммунитета бывшим министрам в случае международных преступлений».

<sup>537</sup> *I.C.J. Reports*, p. 162, para. 36: «[Суд] мог бы и на самом деле должен бы добавить, что военные преступления и преступления против человечности никогда не могут попадать в [эту] категорию [частных действий]. Некоторые преступления по международному праву (например, определенные акты геноцида и агрессии) могут, в практических целях, быть совершены только при помощи средств и механизмов государства или в рамках политики государства. С этой точки зрения они не могут быть ничем иным, кроме как "официальными действиями"».

<sup>538</sup> См. в этом отношении замечания в Rao, *op. cit.*, p. 7: «На самом деле, федеральные суды Соединенных Штатов, постоянно предоставляя суверенный иммунитет иностранным государствам в соответствии с FSIA, даже в делах о грубых нарушениях прав человека, все чаще рассматривают акты пыток, суммарную казнь и другие серьезные нарушения прав человека как выходящие за рамки полномочий должностного лица и поэтому не подпадающие под индивидуальные иммунитеты, которые предусмотрены FSIA. Такой подход был отвергнут *mutatis mutandis* решением палаты лордов по делу Пиночета. Он также вряд ли совместим с позицией, согласно которой поведение физического лица, будучи "частным действием", не относящимся, таким образом, к суверену, все-таки нарушает международное право. Тем не менее, поскольку Европейский суд по правам человека не высказался относительно иммунитетов физических лиц, иски к должностным лицам государства могут фактически открывать возможность для привлечения к судебной ответственности за нарушения прав человека».

<sup>539</sup> ICTY, Trial Chamber I, *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic*, Judgment of 22 February 2001, para. 494.

**ii) Снятие иммунитета *ratione materiae* как исключение,  
признанное международным правом**

193. Не отрицая, что преступления по международному праву могут рассматриваться как официальные действия в целях иммунитета *ratione materiae*, часть авторов в юридической литературе, тем не менее, придерживается мнения, что этот вид иммунитета не распространяется на такие преступления по причине исключения, признанного международным правом. Такого же подхода придерживается Институт в статье 13 своей резолюции 2001<sup>540</sup>. Институт избежал дискуссии по вопросу о том, могут ли преступления по международному праву рассматриваться как официальные действия, просто исключив такие преступления из сферы действия иммунитета *ratione materiae* для бывших глав государств или правительств<sup>541</sup>.

194. В подтверждение наличия исключения из иммунитета *ratione materiae* в отношении преступлений по международному праву приводятся различные соображения. Некоторые авторы исходят из предполагаемого признания характера норм, устанавливающих такие преступления, как норм общего международного права. Следствием такого признания является то, что эти нормы имеют преимущественную силу над нормами, предусматривающими иммунитет, которые, как представляется, не обладают статусом норм общего международного права<sup>542</sup>. Этот аргумент был также приведен судьей Аль-

---

<sup>540</sup> См. выше, сноску 522.

<sup>541</sup> Salmon, *op. cit.* (2002), p. 517, где комментируется формулировка, принятая Институтом с целью исключить преступления по международному праву из сферы действия иммунитета *ratione materiae* для бывшего главы государства: «Этой формулировкой Институт явно хотел изъять из понятия "иммунитет лица", когда оно более не выполняет свои функции, некоторые неправомерные акты ("преступления против международного права и действия по преступному присвоению вкладов или денежных ресурсов государства") в целях уклонения таким образом от подводных камней в дискуссии, могут ли подобные действия рассматриваться, как участие в исполнении своих функций». См. также Verhoeven, Rapport définitive, в *Institut, Yearbook, op. cit.*, p. 594, para. 14; и *ibid.*, p. 575 (Salmon), а также p. 671 (Gaja): "[...] трудность заключается в том, что некоторые пункты международного права описывают функции дипломатических представителей или консульских работников, в то время как международное право в отношении функций глав государств по ряду моментов ссылается на положения внутреннего права. Комиссия проявила осторожность, воздерживаясь от рассмотрения этого вопроса и сделав исключение лишь при обсуждении преступлений против международного права".

<sup>542</sup> См., например, Bianchi, *op. cit.* (1999), p. 265 (относительно как иммунитетов *ratione materiae*, так и иммунитетов *ratione personae*: "В аспекте международного права не может быть никаких сомнений в том, что нормы общего международного права, в силу их более высокого статуса, должны иметь преимущественную силу над другими международно-правовыми нормами, включая юрисдикционные иммунитеты"); van Alebeek, *op. cit.*, p. 49 ("последовательное толкование нормы об иммунитете в отношении международно-правовой системы, к которой она принадлежит, предполагает, что ни иммунитет *ratione materiae*, ни иммунитет *ratione*

Хасавнехом в его несовпадающем мнении в деле, касающемся ордера на арест<sup>543</sup>. Хотя аргумент в отношении общего международного права находит некоторую поддержку в

---

personaе не должны распространяться на действия, которые нарушают публичный порядок в международном сообществе", что закреплено, в частности, в общем международном праве [сноска относится в особенности к Bianchi]; *ibid.*, p. 64: "Преступления против международного права, которые квалифицируются как нормы общего международного права, не могут охраняться иммунитетом *ratione materiae*"; van H.F. van Panhuys, "In the Borderland Between the Act of State Doctrine and Questions of Jurisdictional Immunities", *ICLQ*, vol. 13 (1964), p. 1213: («Некоторые нормы международного права, которые касаются физических лиц, могут иметь настолько бесспорный характер, что делают претензию на иммунитет *ratione materiae* полностью необоснованной. Это относится к так называемым "преступлениям по международному праву". Могут возникнуть ситуации, в которых муниципальные суды или международные суды, учрежденные группой государств, должны считаться обладающими юрисдикцией для привлечения к ответственности лиц за такие преступления, даже если последние были совершены по "распоряжению государства"»); и Alberto Luis Zuppi, "Immunity v. Universal Jurisdiction: The Yerodia Ndombasi Decision of the International Court of Justice", *Louisiana Law Review*, vol. 63 (2003), p. 323 ("Представляется, что международное право не может признать иммунитет в отношении таких действий, которые, с другой стороны, оно осуждает. Поэтому трудно понять, как международное право может признавать важным запрещение некоторых ужасных преступлений на уровне нормы общего международного права и, с другой стороны, принимать защиту в виде суверенного иммунитета в случаях, когда лицо, совершившее эти преступления, занимает официальную должность. Следовательно, когда мы говорим о ситуации, сводящейся к одной из этих категорий преступлений против международного права, иммунитет государства не должен распространяться на таких нарушителей"). В отношении запрещения пыток см. Kamto, *op. cit.*, pp. 528-529: "С тех пор как урегулирован вопрос с компетенцией суда, рассматривающего дело, понятие иммунитета не может превалировать. Это кажется неоспоримым, когда преступление, за которое преследуется министр иностранных дел, представляет собой нарушение императивной нормы в отношении статьи 53 Конвенции 1969 года о правах договоров. Так обстоит дело с вынесением запрета на пытки, которое соответствующая юриспруденция рассматривает с момента известного ареста Фурундзия как представляющее собой норму *jus cogens* (императивная норма международного права). Итак, если не считать, что принцип иммунитета министра иностранных дел также является нормой *jus cogens* – в чем можно серьезно сомневаться, то запрет на пытки, принимаемый за единственную норму *jus cogens* в вопросе о правах человека, должен иметь преимущество над положением об иммунитете".

<sup>543</sup> Особое мнение, пункт 7. Судья, выразивший особое мнение, приводит этот аргумент и в отношении иммунитета для действующего министра иностранных дел. По его мнению, "эффективная борьба с тяжкими преступлениями, вероятно, приобрела характер норм общего международного права, что отражает признание со стороны международного сообщества своих важнейших интересов и ценностей, которые оно стремится защитить и укрепить. Поэтому, когда эта норма, занимающая в иерархии более высокое положение, вступает в противоречие с нормами об иммунитете, она должна иметь преобладающую силу. Даже если мы говорим о совмещении двух наборов норм, для меня это означает более ограничительное толкование иммунитетов высокопоставленных должностных лиц, чем это показано в решении Суда. Между прочим, такой ограничительный подход гораздо более соответствовал бы закрепившейся в настоящее время тенденции в направлении ограничительной концепции иммунитета государства, тенденции, которая сняла препятствие для подчинения государств юрисдикции других государств, которое часто выражается в принципе *par in parem non*



прецедентном праве внутригосударственных судов<sup>544</sup>, другие национальные суды отклоняют его<sup>545</sup>.

195. Как представляется, вескость аргумента относительно норм общего международного права зависит от того, существует ли реальная коллизия между нормами об иммунитете и нормами, устанавливающими международные преступления; в этом отношении, возможно, не является само собой разумеющимся, что материально-правовая норма международного права, признающая преступным определенное поведение, не совместима с нормой, препятствующей при определенных обстоятельствах уголовному преследованию за такое поведение в иностранной уголовной юрисдикции. Наличие такой коллизии отрицается в отношении иммунитета государства в юридической литературе<sup>546</sup> и

---

habet imperium. Трудно представить себе, почему государства согласятся с тем, что их поведение в отношении важных областей собственного развития будет открыто для разбирательства в иностранном суде, при том что уголовные деяния их должностных лиц будут ограждены от такого разбирательства".

<sup>544</sup> В отношении пыток следует обратить внимание на позицию лорда Миллета в *Pinochet* (No. 3), p. 651: "Уважаемые лорды, Республика Чили является участницей Конвенции против пыток, и следует считать, что она согласилась с возложением на иностранные национальные суды обязательства по принятию и осуществлению уголовной юрисдикции в отношении официального применения пыток. Я не рассматриваю это как ее отказ от своего иммунитета. По моему мнению, иммунитета, от которого можно было бы отказаться, и не существовало. Данное преступление таково, что оно может быть совершено только в обстоятельствах, которые обычно не дают оснований для иммунитета. Международное сообщество установило преступление, в отношении которого иммунитет *ratione materiae* никак не может применяться. Нельзя предположить, что международное право установило преступление как норму, носящую характер общего международного права, и в то же время предусмотрело иммунитет, применимый в равной мере с обязательством, которое оно накладывает". См. также в гражданском деле, возбужденном против Германии: *Italy, Corte di cassazione* (sez. un. civ.), *Ferrini v. Federal Republic of Germany*, No. 5044, 11 March 2004, в *Rivista di diritto internazionale*, 2004, Fasc. II, p. 547, para. 9.1, где суд постановил, что нормы, устанавливающие международные преступления, которые имеют "более высокий статус", должны иметь преимущественную силу над нормами об иммунитете государства от иностранной юрисдикции.

<sup>545</sup> См., в частности, Court of Appeals for the District Court of Columbia Circuit, *Hwang Geum Joo, et al., v. Japan*, Judgment of 27 June 2003, 332 F.3d 679. В этом деле, касавшемся требования о возмещении убытков, причиненных Японией пятнадцати бывшим "женщинам для развлечений", связанных с сексуальным рабством и пытками, жертвами которых они стали до и во время Второй мировой войны, окружной суд отклонил довод истца, согласно которому характер якобы нарушенных норм как норм общего международного права подразумевает отказ Японии от своего юрисдикционного иммунитета (*ibid.*, pp. 686-687).

<sup>546</sup> См. Fox, *op. cit.* (*The Law of State Immunity*), p. 525: "Иммунитет государства – это процессуальная норма, относящаяся к юрисдикции национального суда. Он не имеет отношения к материальному праву; он не противоречит запрету, предусмотренному в норме общего международного права, а лишь предполагает, что любое его нарушение подлежит другому методу урегулирования. Тогда, возможно, в процессуальной

Европейским судом по правам человека в деле Аль-Адсани<sup>547</sup>. Аналогичная позиция была выражена в палате лордов Соединенного Королевства в деле Джонса, которое касалось как иммунитета государства, так и иммунитета официальных лиц государства от иностранной гражданской юрисдикции<sup>548</sup>. Возникает вопрос: существует ли на самом деле коллизия между нормами, устанавливающими международные преступления, с одной стороны, и

---

претензии на иммунитет государства не существует какого-либо материально-правового содержания, которое может быть ущемлено требованием нормы общего международного права".

<sup>547</sup> *Case of Al-Adsani v. United Kingdom*, Application no. 35763/97, Judgment of 21 November 2001, paras. 52-67, особенно para. 61: "[...] Несмотря на особый характер запрещения пыток в международном праве, Суд не в состоянии найти в международных документах, судебных решениях как источниках права или иных представленных ему материалах веское основание для вывода о том, что в аспекте международного права государство более не пользуется иммунитетом от гражданского иска в судах другого государства, в котором вменяется в вину применение пыток [...]"; и para. 66: "Суд, отмечая растущее признание преобладающей важности запрещения пыток, не считает соответственно установленным то, что в международном праве еще и признается положение, согласно которому государства не имеют права на иммунитет в отношении гражданских исков о возмещении ущерба за якобы применяемые пытки за пределами государства суда. Закон 1978 года, который предоставляет иммунитет государствам в отношении исков о возмещении личного ущерба, если ущерб не был причинен в пределах Соединенного Королевства, не противоречит тем ограничениям, которые признаны всем международным сообществом как часть доктрины иммунитета государства". Сравните с совместным особым мнением судей Розакиса и Кэфлиша, к которым присоединились судьи Вильдхабер, Коста, Кабрал Барreto и Важич, в частности, в para. 4: "[...] Последствия, которые норма общего международного права имеет для другой международно-правовой нормы, определяются не характером судопроизводства, а характером нормы как императивной и ее взаимодействием с нормой, имеющей в иерархии более низкий статус. Запрещение пыток, будучи нормой общего международного права, действует в международной сфере и лишает норму о суверенном иммунитете всех ее правовых последствий в этой сфере. Уголовный или гражданский характер внутригосударственного судебного разбирательства не имеет значения. Юрисдикционное препятствие снимается самим взаимодействием соответствующих международно-правовых норм, и национальный судья не может принять претензию государства-ответчика на иммунитет как на элемент, препятствующий судье изучить дело по существу и рассмотреть иск заявителя о возмещении якобы причиненного ему ущерба [...]".

<sup>548</sup> *Jones*, Lord Hoffmann, особенно paras. 44-45: "Норма общего международного права предусматривает запрещение пыток. Но Соединенное Королевство в соответствии с государственным иммунитетом Королевства [Саудовская Аравия] не предполагает применение пыток к кому-либо. Претендуя на иммунитет, Королевство [Саудовская Аравия] не оправдывает также применение пыток. [...] Поэтому для утверждения о наличии коллизии с иммунитетом государства необходимо показать, что запрещение пыток создает вспомогательную процессуальную норму, которая в качестве исключения из иммунитета государства позволяет или требует, чтобы государства приняли на себя юрисдикцию в отношении других государств в случаях, когда речь идет о применении пыток. Такая норма может быть желательной, и, поскольку международное право меняется, она, возможно, и сложилась. Но, в отличие от утверждения меньшинства [в Европейском суде по правам человека] в деле Аль-Адсани, она не является непосредственным результатом запрещения пыток".

нормами, предусматривающими иммунитет должностных лиц государств от иностранной уголовной юрисдикции, с другой стороны<sup>549</sup>. В этом отношении утверждается, что иммунитет в отношении преступлений по международному праву трудно совместить с более важным осуждением таких преступлений со стороны международного сообщества<sup>550</sup>.

196. Этот вопрос особенно актуален с учетом все более широкого и растущего признания принципа, согласно которому официальный статус лица, совершившего преступление по международному праву, не освобождает его или ее от уголовной ответственности. Комиссия четко подтвердила этот принцип в своих проектах кодексов преступлений против мира и безопасности человечества 1954 и 1996 годов<sup>551</sup>. Представляется также, что этот принцип материального права рассматривался Комиссией в ее комментарии к статье 7 проекта Кодекса 1996 года как не совместимый с установлением процессуальных иммунитетов в отношении преступлений по международному праву, хотя не вполне ясно, ссылалась ли в этом контексте Комиссия и на иммунитеты от иностранных национальных юрисдикций<sup>552</sup>.

"Как далее отмечалось Нюрнбергским трибуналом в его приговоре, исполнитель какого-либо преступления по международному праву не может прикрываться своим должностным положением, чтобы избежать наказания в надлежащем порядке. Отсутствие какого-либо процедурного иммунитета, в том что касается судебного преследования или наказания в рамках соответствующего судебного разбирательства, является важным принципом, свидетельствующим об отсутствии иммунитета в целом или возможности его применения в качестве довода защиты.

---

<sup>549</sup> Наличие такой коллизии отрицает Аканде (Akande, *op. cit.*, p. 414).

<sup>550</sup> См., в частности, Villalpando, *op. cit.*, p. 424: "[...] осуждение высшими судебными органами преступлений против человечества и принцип всеобщности действий по их наказанию кажутся несовместимыми с защитой, основанной на иммунитете" (сноски пропущены). См. также Bianchi, *op. cit.* (1999), pp. 260-261: "Несовместимость самого понятия преступления по международному праву с иммунитетом в любой форме, который охраняет лиц, прикрывающихся своим должностным положением, очевидна. Иммунитет как форма защиты, которую предоставляет международное право при определенных обстоятельствах конкретным категориям лиц, не совместим с поведением, противоречащим основополагающим принципам международно-правовой системы. Этот аргумент основан на логике. Международное право не может предоставлять иммунитет от уголовного преследования в отношении действий, которые то же самое международное право осуждает как преступные и расценивает как угрозу интересам международного сообщества в целом".

<sup>551</sup> Проект Кодекса преступлений против мира и безопасности человечества 1954 года и проект Кодекса преступлений против мира и безопасности человечества 1996 года. Тексты см. в разделе D.3 части первой.

<sup>552</sup> См. выше, раздел D.3 части первой.

[Сноска 69: Судебное разбирательство в международном уголовном суде представляло бы собой пример квинтэссенции соответствующего судебного разбирательства, в рамках которого индивидуум не мог бы прикрываться фактическим или процедурным иммунитетом на основе своего официального статуса, с тем чтобы избежать судебного преследования и наказания.]"<sup>553</sup>

197. В юридической литературе также указывается на неприменимость довода защиты, который основан на официальном статусе исполнителя, в сочетании с другими элементами, с тем чтобы подтвердить существование *конкретной нормы обычного права*, предусматривающей исключение из иммунитета *ratione materiae* в отношении преступлений по международному праву<sup>554</sup>.

198. Комментируя решение Международного Суда по делу об ордере на арест, Кассесе подверг критике то, что Суд не сослался "на норму обычного права, снимающую функциональные иммунитеты с должностных лиц государства, обвиняемых в совершении международных преступлений"<sup>555</sup>. По мнению Кассесе, "факт образования такой нормы в международном сообществе подтверждается целым рядом элементов: не только положениями различных международных договоров или иных международных документов по международным трибуналам, но и международным и национальным прецедентным правом"<sup>556</sup>.

По этому же вопросу другой автор<sup>557</sup> сделал аналогичный вывод:

"[...] можно утверждать, что в международном сообществе выработалась норма обычного права, согласно которой все должностные лица государства, включая тех,

---

<sup>553</sup> *Yearbook...* 1996, vol. II (Part Two), p. 27, paragraph (7) of the commentary to Article 7.

<sup>554</sup> Среди авторов, которые поддерживают существование такой нормы обычного права см., в частности, Cassese, "When May Senior State Officials...", *op. cit.*, pp. 864-866 и 870-874; Gaeta, *op. cit.* (2002), p. 979-982; Zappalà, *op. cit.*, pp. 601-602; и Weyembergh, *op. cit.*, pp. 186-191 (где поддерживается существование нормы обычного права, которая предусматривает исключение из принципа иммунитета бывших глав государств в отношении преступлений против человечности, военных преступлений и преступлений против мира; отмечается, что такое исключение действует в международных и национальных судах; и утверждается, что существование такого исключения не может отрицаться на основании того, что на практике оно пока не привело к осуждению главы государства (pp. 189-190)). См. также Akande, *op. cit.*, p. 414 (относительно "особой нормы, снимающей иммунитеты *ratione materiae* в судебном разбирательстве, касающемся международных преступлений").

<sup>555</sup> Cassese, "When May Senior State Officials...", *op. cit.*, p. 870 ff.

<sup>556</sup> *Ibid.*, pp. 864-865.

<sup>557</sup> Gaeta, *op. cit.* (2002), p. 979-983.

кто занимает высшие посты, не имеют права на функциональные иммунитеты в уголовном судопроизводстве, как национальном, так и международном, если они обвиняются в совершении таких преступлений, как военные преступления и преступления против человечности (независимо от того, совершены ли эти последние преступления в военное время или нет). Очевидно, что эта норма обычного права предусматривает исключение из общей нормы о предоставлении функционального иммунитета государственным органам в отношении действий, которые они совершили в официальном качестве. Ясно, что отношение между этими двумя нормами – это отношение между *lex specialis* (специальный закон) и *lex generalis* (общий закон). Менее ясно обоснование специальной нормы. Возможно, рассматриваемые преступления представляют собой угрозу ценностям, которым международное сообщество стало придавать большое значение. Следовательно, представляется неоправданным допускать уголовное преследование и предание суду мелких правонарушителей, при том что лидеры остаются безнаказанными, тем более что обычно такие преступления совершаются по подстрекательству, при попустительстве или по меньшей мере терпимом отношении высших должностных лиц государства. Поскольку при обычных обстоятельствах национальные органы не отдают под суд своих собственных высших должностных лиц за предположительно совершенные ими преступления, о которых идет речь, эти преступления останутся безнаказанными, если норма обычного права о функциональных иммунитетах будет по-прежнему ограждать высокопоставленных должностных лиц государства от уголовного преследования и суда в иностранных судах или международных уголовных трибуналах"<sup>558</sup>. (Сноска пропущена.)

199. В юридической литературе авторы, которые поддерживают существование нормы международного обычного права, предусматривающей снятие иммунитета *ratione materiae* в отношении преступлений по международному праву, ссылаются на несколько элементов. Такие элементы включают не только внутригосударственное прецедентное право (в частности, решения судов по делу Эйхмана<sup>559</sup> и по делу Пиночета<sup>560</sup>), но и различные документы, такие как Лондонское соглашение от 8 августа 1945 года об учреждении

---

<sup>558</sup> *Ibid.*, p. 982.

<sup>559</sup> См. выше, пункт 184 настоящего исследования.

<sup>560</sup> См. выше, пункт 185 настоящего исследования.

Международного военного трибунала и связанное с этим судебное решение<sup>561</sup>; Статут Международного военного трибунала для Дальнего Востока<sup>562</sup>; Закон № 10 Контрольного совета союзников 1945 года<sup>563</sup>; Конвенция 1948 года о предупреждении преступления геноцида и наказании за него<sup>564</sup>; Принцип III Нюрнбергских принципов, подтвержденных Генеральной Ассамблеей Организации Объединенных Наций в ее резолюции 95 (I) от 11 декабря 1946 года и впоследствии сформулированных Комиссией<sup>565</sup>; Международная конвенция 1973 года о пресечении преступления апартеида и наказании за него<sup>566</sup>; уставы МТБЮ<sup>567</sup> и МУТР<sup>568</sup>; а также статья 27 Статута Международного уголовного суда<sup>569</sup>. В

---

<sup>561</sup> В статье 7 Устава Нюрнбергского трибунала предусмотрено: "Должностное положение подсудимых, их положение в качестве глав государства и ответственных чиновников различных правительственных ведомств не должно рассматриваться как основание к освобождению от ответственности или смягчению наказания". См. также раздел С.3 части первой.

<sup>562</sup> Статья 6. Текст см. в разделе D части первой, сноска 171.

<sup>563</sup> В подпункте а) пункта 4 статьи II этого закона предусмотрено: "Официальное положение любого лица, будь то в качестве главы государства или ответственного должностного лица государственного ведомства, не освобождает его от ответственности за преступления и не дает ему права на смягчение наказания".

<sup>564</sup> Статья IV. Текст см. в разделе А части первой, сноска 8.

<sup>565</sup> Принцип III. Текст см. в разделе А части первой, сноска 7.

<sup>566</sup> Статья III Конвенции предусматривает: "Международной уголовной ответственности, независимо от мотива, подлежат лица, члены организаций и учреждений и представители государств, проживающие как на территории государства, где совершаются эти действия, так и в любом другом государстве, где они:

- а) совершают, участвуют в совершении, непосредственно подстрекают или замышляют совершение актов, указанных в статье II настоящей Конвенции;
- б) непосредственно содействуют, поощряют или сотрудничают в совершении преступления апартеида".

<sup>567</sup> Пункт 2 статьи 7. Текст см. в разделе D Части первой, сноска 171. Обоснование этого положения и его последствия для иммунитетов должностных лиц государства см. в Докладе Генерального секретаря, представленном во исполнение пункта 2 резолюции 808 (1993) Совета Безопасности, документ S/25704, 3 мая 1993 года:

"[Пункт] 55. Практически во всех письменных замечаниях, полученных Генеральным секретарем, говорится о том, что в Уставе Международного трибунала должны содержаться положения, касающиеся личной уголовной ответственности глав государств, государственных чиновников и лиц, действующих в официальном качестве. Эти предложения основаны на прецедентах, имевших место после Второй мировой войны. Поэтому в Устав необходимо включить положения, в которых указывалось бы, что ссылки на иммунитет лица как главы государства или на то, что какое-либо деяние было совершено обвиняемым в его официальном качестве, не будут рассматриваться как основания для освобождения от ответственности или смягчения наказания.

[...]

отношении характера принципа, закрепленного в статье 7 Устава Международного военного трибунала и пункта 2 статьи 7 Устава МТБЮ как норм обычного права, следует обратить внимание на выводы Верховного суда Израиля в деле Эйхмана<sup>570</sup> и на прецедентное право МТБЮ<sup>571</sup>.

200. С тем чтобы продемонстрировать статус нормы о снятии иммунитета *ratione materiae* в отношении преступлений по международному праву как нормы обычного права, можно сослаться также на многочисленные дела, в которых иностранные суды отказали должностным лицам государства в иммунитете в отношении военных преступлений, преступлений против человечности или актов геноцида<sup>572</sup>. В связи с этим, признавая, что многие из этих дел касались военных офицеров, отмечается, что:

---

[Пункт] 57. *Тот факт, что лицо, совершившее преступление, действовало по приказу правительства или начальства, не может освобождать его от уголовной ответственности и не должен использоваться в качестве защиты.* Вместе с тем тот факт, что это лицо действовало по приказу начальника, может рассматриваться как основание для смягчения наказания, если Международный трибунал признает, что этого требуют интересы правосудия. Например, Международный трибунал может учесть фактор действия по приказу начальника в связи с другими аргументами защиты, такими как принуждение или отсутствие морального выбора". (Курсив добавлен.)

<sup>568</sup> Пункт 2 статьи 6 Устава предусматривает: "Должностное положение обвиняемого в качестве главы государства или правительства или ответственного государственного чиновника не освобождает это лицо от уголовной ответственности и не является основанием для смягчения наказания".

<sup>569</sup> Текст статьи 27 см. в разделе D.4 части первой, пункт 84 и соответствующая сноска.

<sup>570</sup> *ILR*, vol. 36, p. 311.

<sup>571</sup> ICTY, Trial Chamber, *Prosecutor v. Karadzic and others*, Decision of 16 May 1995, paras. 22-24; Trial Chamber, *Prosecutor v. Furundzija*, Judgment of 10 December 1998, para. 140; и Trial Chamber, *Prosecutor v. Slobodan Milosevic* (Decision on preliminary motions), Decision of 8 November 2001, para. 28.

<sup>572</sup> Кассесе упоминает следующие дела: *Eichmann*; Court of Cassation (Criminal Chamber), *Fédération Nationale des déportées et Internés Résistants et Patriotes and Others v. Barbie*, 20 December 1985, reproduced in *ILR*, vol. 78, pp. 124-148; Netherlands, Special Court of Cassation, *In re Rauter*, 12 January 1949, reproduced in *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1949, Case No 193, pp. 526-548; Special Court of Cassation, *In re Ahlbrecht*, 11 April 1949, reproduced in *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1949, Case No 141, pp. 397-399; United Kingdom, British Military Court at Venice (Italy), *The trial of Albert Kesselring*, 17 February – 6 May 1947, reproduced in *Law Reports of Trial of War Criminals*, vol. 9 (1949), pp. 9-14; United Kingdom, British Military Court at Hamburg (Germany), *In re von Lewinski*, 19 December 1949, reproduced in *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1949, Case No 192, pp. 509-525; United Kingdom, House of Lords, *Pinchet No. 3*; Supreme Court of the United States, *Yamashita v. Styer, Commanding General, U.S. Army Forces, Western Pacific*, 4 February 1946, 327 U.S. 1, 66 S. Ct. 340; and Poland, Supreme National Tribunal, *In re Buhler*, 10 July 1948, reproduced in *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1948, pp. 680-682.

"было бы на самом деле странно, если бы норма обычного права образовалась только в отношении военнослужащих, но не в отношении всех представителей государства, которые совершают международные преступления"<sup>573</sup>.

201. С другой стороны, могут существовать некоторые факторы, которые, возможно, следует принять во внимание при установлении того, действительно ли сложилась норма обычного права, которая предусматривает исключение из иммунитета *ratione materiae* от иностранной уголовной юрисдикции в отношении преступлений по международному праву.

202. Один аспект касается актуальности событий, которые произошли в области международного уголовного правосудия<sup>574</sup>. В этом отношении утверждается, что в международных трибуналах даже не возникает вопрос об иммунитете<sup>575</sup>. В любом случае задается вопрос, применяются ли нормы об иммунитете от иностранной уголовной юрисдикции к международным трибуналам<sup>576</sup>. Кроме того, в той мере, в какой уставы

---

<sup>573</sup> Cassese, "When May Senior State Officials...", *op. cit.*, p. 871. В связи с этим автор ссылается на боевой устав сухопутных войск Соединенных Штатов "Положение о военных действиях на суше" (июль 1956 года). Автор отмечает, что в пункте 510 этого документа предусмотрено: "Тот факт, что лицо совершило действие, представляющее собой военное преступление, выступало в качестве главы государства или ответственного государственного должностного лица, не освобождает его от ответственности за это действие". Такой же аргумент приводится в Gaeta, *op. cit.* (2003), p. 190.

<sup>574</sup> См. по этому вопросу Klingberg, *op. cit.*, pp. 552-556, где комментируется дело об ордере на арест, рассмотренное в Международном Суде: «В поддержку своих доводов [что иммунитеты не ограждают от преследования за военные преступления или преступления против человечности], Бельгия ссылалась, в частности, на практику международных военных трибуналов в Нюрнберге и Токио. И все-таки представляется сомнительным, можно ли сделать из практики трибуналов вывод о том, что можно отменить иммунитет граждан *третьего государства*, если они, как предполагается, совершили международные преступления. Можно с уверенностью утверждать, и это утверждалось, что союзники, учреждая Международный военный трибунал в Нюрнберге, действовали как фактически суверены Германии. В отношении Международного военного трибунала в Токио утверждается, что Япония в акте о капитуляции согласилась с тем, чтобы японские граждане предстали перед Трибуналом. В этом акте Япония обязалась выполнить так называемую Потсдамскую декларацию, которая предусматривает, в частности, что "все военные преступники... должны понести суровое наказание". Однако затем автор делает вывод, что, если даже ссылка на военные трибуналы в Нюрнберге и Токио неоправданна, "все в большем числе дел национальные суды отказываются предоставить бывшим главам государств и другим должностным лицам государства иммунитет в отношении международных преступлений"» (упоминаются дела Пиночета, Боутерсе, Хабре и Каддафи).

<sup>575</sup> См., например, Dominicé, *op. cit.*, p. 307 ("[...] de toute manière, la notion d'immunité de juridiction est irrelevante devant un tribunal international").

<sup>576</sup> См. отрицательное заключение Апелляционной камеры Специального суда по Сьерра-Леоне, о котором упоминалось выше, в разделе D.1 Части первой. Сравните с Casey and Rivkin, *op. cit.*, p. 82, которые считают,



(статуты) или практика международных трибуналов представляются отличными от сложившихся норм обычного права относительно иммунитетов, следует определить, не является ли это отступлением от норм обычного права<sup>577</sup> или элементами, которые предопределили бы, в сочетании с другими, развитие права. В отношении взаимодействия между статьей 27 Статута Международного уголовного суда и международным обычным правом утверждается, что снятие иммунитетов *ratione materiae* в отношении преступлений, предусмотренных в Римском статуте, лишь отражает эволюцию, которая происходит в международном обычном праве<sup>578</sup>.

203. Может также возникнуть вопрос о том, не повлекут ли неизбежно различные элементы практики в пользу принципа, согласно которому официальный статус лица не имеет значения в случае преступлений по международному праву, неприменимость иммунитета *ratione materiae* от иностранной уголовной юрисдикции в отношении таких преступлений<sup>579</sup>. Этот вопрос, похоже, останется открытым, если иммунитет *ratione personae* и иммунитет *ratione materiae* рассматривать лишь как *процессуальные* препятствия для применения юрисдикции иностранным государством<sup>580</sup>. Напротив, если иммунитет *ratione materiae* от иностранной уголовной юрисдикции рассматривать как *материально-правовой довод защиты*, выдвигаемый на основании того, что официальные действия органа государства относятся к государству, а не к физическому лицу<sup>581</sup>, то, как представляется, существуют веские причины считать, что такой довод защиты не может

---

что Статут Международного уголовного суда не может отбрасывать общепризнанные нормы обычного права относительно иммунитетов и что это не затронет правового положения государств, которые не ратифицировали Римский статут, если они не признали юрисдикцию Суда в конкретном деле.

<sup>577</sup> Относительно, в частности, МТБЮ и МУТР см. обсуждение в Day, *op. cit.*, p. 502.

<sup>578</sup> Gaeta, *op. cit.* (2002), p. 990: "Пункт 1 статьи 27 не умаляет норм международного обычного права, в том что касается функциональных иммунитетов, предусмотренных в международном обычном праве. В этом пункте подтверждается норма обычного права, согласно которой в целях установления уголовной ответственности ссылка на то, что лицо действовало в официальном качестве, не принимается". (Сноска пропущена.) См. также выше, раздел D.4 Части первой.

<sup>579</sup> В этом отношении некоторые лорды выразили сомнение в *Pinochet* (No. 3); см. Lord Goff of Chieveley (особое мнение), pp. 596, 599 и 609; Lord Hope of Craighead, pp. 622-623; и Lord Phillips of Worth Matravers, p. 660.

<sup>580</sup> См. Wickremasinghe, *op. cit.* (2006), p. 397: "Можно отметить, что оба иммунитета [иммунитет *ratione personae* и иммунитет *ratione materiae*] действуют просто как процессуальные препятствия для применения иностранной уголовной юрисдикции и могут быть сняты соответствующими органами направляющего государства, что позволит судам принимающего государства установить свою юрисдикцию".

<sup>581</sup> Эта позиция заявляется, в частности, в Morelli, *op. cit.*, pp. 215-216, и Cassese, "When May Senior State Officials...", *op. cit.*, p. 863.

применяться в отношении поведения, признанного преступным в международном правовом порядке<sup>582</sup>.

204. В любом случае при определении того, сложилась ли норма обычного права, которая позволяет снять иммунитет *ratione materiae* в отношении преступлений по международному праву, следует должным образом учитывать вышеупомянутую судебную практику<sup>583</sup>, которую можно расценивать как указывающую на тенденцию в этом направлении.

205. Утверждается также, что иммунитет *ratione materiae* не совместим с признанием экстерриториальной юрисдикции или универсальной юрисдикции в отношении определенных международных преступлений. Связь между установлением универсальной юрисдикции в отношении международного преступления и несовместимостью иммунитета *ratione materiae* в отношении этого преступления была прямо установлена в деле Пиночета некоторыми лордами в связи с режимом, введенным Конвенцией против пыток 1984 года<sup>584</sup>. Аналогичным образом, лорд Севилль Ньюдигейт сделал вывод, что принцип

---

<sup>582</sup> Аналогичной точки зрения придерживается Аканде (Akanke, *op. cit.*, pp. 414-415): "Этот иммунитет не применяется в таком судопроизводстве, поскольку причины, по которым такой иммунитет предоставлен, не имеют отношения к судебному преследованию за международные преступления. Во-первых, общий принцип, согласно которому только государство, а не должностные лица, может быть привлечено к ответственности за действия, совершенные должностными лицами в официальном качестве, не применяется к действиям, представляющим собой международные преступления. Напротив, стало общепризнанным, что официальное положение лиц не освобождает их от индивидуальной ответственности за действия, которые являются преступлениями по международному праву, и, таким образом, не может приводиться как материально-правовой довод защиты [...]". (Сноска пропущена.)

<sup>583</sup> См. выше, пункты 183–187 настоящего исследования.

<sup>584</sup> *Pinochet* (No. 3). См. в общих чертах Lord Phillips of Worth Matravers, p. 661: "Международные преступления и экстерриториальная юрисдикция в отношении них – это новые явления в области международного публичного права. Я не считаю, что иммунитет государства *ratione materiae* не может сосуществовать с ними. Осуществление экстерриториальной юрисдикции имеет преимущественную силу над принципом, согласно которому одно государство не должно вмешиваться во внутренние дела другого государства. И причина этого заключается в том, что, когда речь идет о международном преступлении, этот принцип не может иметь преимущественную силу. Международное преступление настолько же опасно, если не более опасно, для международного сообщества, когда оно совершается под прикрытием должности. Раз уж установлена экстерриториальная юрисдикция, не имеет смысла исключать из нее действия, совершенные в официальном качестве". Аналогично, Lord Braune-Wilkinson, *ibid.*, pp. 594-595, подчеркивает, что "сложная структура универсальной юрисдикции", установленной в Конвенции против пыток 1984 года, станет "безрезультатной", если признать за должностными лицами государства право на иммунитет *ratione materiae* в отношении этих преступлений. См. также Lord Hope of Craaighead, *ibid.*, pp. 625-627.

aut dedere aut iudicare ("либо выдай, либо суди"), установленный в Конвенции против пыток, предусматривает очевидное исключение из иммунитета *ratione materiae* для бывшего главы государства<sup>585</sup>. Напротив, Международный Суд постановил в деле об ордере на арест, что различные международные конвенции, требующие от государств-участников распространения их юрисдикции в отношении определенных преступлений, не затрагивают иммунитеты, предусмотренные в международном обычном праве<sup>586</sup>.

206. Несовместимость универсальной юрисдикции с иммунитетом *ratione materiae* подтверждается некоторыми учеными и научными ассоциациями<sup>587</sup>. В частности, точка

---

<sup>585</sup> *Ibid.*, pp. 642-643.

<sup>586</sup> *Arrest Warrant*, para. 59. Цитату см. ниже, в сноске 766.

<sup>587</sup> См., в частности, Akande, *op. cit.*, p. 415 ("[...] иммунитет *ratione materiae* не может по логике сосуществовать с таким установлением универсальной юрисдикции. На самом деле, чтобы применяться в таких делах, предыдущая норма о предоставлении иммунитета сделает последующую юрисдикционную норму практически лишенной всякого смысла. Это является наилучшим объяснением решения английской палаты лордов по делу Пиночета (№ 3). Большинство судей в этом деле пришли к заключению, что, поскольку Конвенция против пыток ограничивает преступление применения пыток действиями, совершенными в официальном качестве, предоставление иммунитета *ratione materiae* будет неизбежно противоречить положениям Конвенции, которые предусматривают универсальную юрисдикцию в отношении этого преступления. Поэтому иммунитет *ratione materiae* должен рассматриваться как отмененный нормой об установлении универсальной юрисдикции за акты пыток. Аналогичным образом, поскольку грубые нарушения Женевских конвенций 1949 года и другие военные преступления, совершенные в ходе международного вооруженного конфликта, являются практически по определению актами, совершенными военнослужащими и другими должностными лицами государства, нормы международного договора об установлении универсальной юрисдикции над такими преступлениями не могут по логике сосуществовать с предоставлением иммунитета *ratione materiae* для должностных лиц государства. Однако, поскольку геноцид, преступления против человечности и военные преступления, совершенные в ходе внутреннего вооруженного конфликта, могут быть совершены лицами, не представляющими государство, нормы, устанавливающие универсальную юрисдикцию в отношении этих преступлений, не имеют на практике одну и ту же сферу применения с иммунитетом *ratione materiae* (что относится к пыткам и военным преступлениям, совершенным в ходе международного вооруженного конфликта). Тем не менее можно утверждать, что эти юрисдикционные нормы предусматривают внутригосударственное судебное преследование должностных лиц государства и по этой причине имеют преимущественную силу над предыдущей нормой о предоставлении иммунитета *ratione materiae*. Поэтому иммунитет *ratione materiae* не существует в отношении внутригосударственного уголовного судопроизводства за любое из международных преступлений, указанных в Статуте Международного уголовного суда" (сноски пропущены)); De Smet and Naert, *op. cit.*, pp. 505-506 (где в подтверждение существования исключения из функционального иммунитета в отношении международных преступлений авторы ссылаются на концепцию индивидуальной уголовной ответственности и на то, что такие преступления "являются предметом обеспокоенности всех государств и могут рассматриваться в суде любого государства, даже если они совершены другим государством или от его имени. Последняя причина объясняет также, почему

зрения, согласно которой иммунитет *ratione materiae* "абсолютно несовместим" с установлением универсальной юрисдикции в отношении грубых нарушений прав человека, была выражена Комитетом Ассоциации международного права<sup>588</sup>. Предполагается также, что универсальная юрисдикция создает равную юрисдикцию для всех государств<sup>589</sup>. Следовательно, те государства, которые устанавливают универсальную юрисдикцию за международные преступления, фактически создают сеть горизонтальных юрисдикционных взаимоотношений, которая затруднит обоснование ссылки на иммунитет. Может оказаться, что эта ситуация еще не скоро возникнет на практике, хотя осуществление внутри государства Римского статута Международного уголовного суда может указывать на тенденцию<sup>590</sup>.

---

допускается осуществление универсальной юрисдикции над этими преступлениями. Фактически универсальная юрисдикция имеет значение для вопроса об иммунитете: в той мере, в какой национальные суды имеют право на рассмотрение в экстерриториальном порядке дел о совершении таких преступлений, которые по определению совершены в официальном качестве, это не совместимо с иммунитетом *ratione materiae*. Возможно, это же относится и к преступлениям, которые не обязательно, но, тем не менее, в большинстве случаев совершаются в официальном качестве, такие как преступления против человечности" (сноски пропущены)); Koller, *op. cit.*, p. 21 (где отмечается, что "как недавно заявила [Ассоциация международного права], понятие иммунитета от уголовной ответственности за преступления против международного права, которые совершены в официальном качестве действующими либо бывшими должностными лицами, абсолютно не совместимо с положением о том, что грубые нарушения прав человека подлежат универсальной юрисдикции"); Villalpando, *op. cit.*, p. 424; и White, *op. cit.*, pp. 216-222 (где утверждается, что международное право признает в качестве нормы общего международного права универсальную юрисдикцию за преступления против человечности и что из этого вытекает необходимость в отмене иммунитета в отношении этих действий).

<sup>588</sup> ILA, Final Report, *op. cit.*, p. 416: "[...] представляется, что понятие иммунитета от уголовной ответственности за преступления по международному праву, которые совершены в официальном качестве действующими либо бывшими должностными лицами, абсолютно не совместимо с положением о том, что грубые нарушения прав человека подлежат универсальной юрисдикции" (сноска пропущена); *ibid.*, p. 423 [Conclusions and Recommendations]: "4. Никакие иммунитеты в отношении грубых нарушений прав человека, которые подлежат универсальной юрисдикции, не применяются на основании того, что преступления были совершены в официальном качестве". См. также статью 5 Принстонских принципов, *op. cit.*

<sup>589</sup> Wheaton, *op. cit.*, § 124, сноска, где этот аргумент приводится в отношении пиратства.

<sup>590</sup> A report by Redress, *Universal Jurisdiction in Europe, Criminal Prosecutions in Europe since 1990 for War Crimes, Crimes against humanity, torture and genocide*, где отмечается, что судебное преследование за такие преступления на основании универсальной юрисдикции становится распространенной практикой, но до твердого закрепления такой практики еще далеко (p. 2). В частности, адекватная правовая основа для применения такой практики во многих случаях отсутствует (p. 5); доступно по адресу: [www.redress.org/publications/UJEurope.pdf](http://www.redress.org/publications/UJEurope.pdf).

207. В то же время утверждения о несовместимости универсальной юрисдикции с иммунитетом от иностранной уголовной юрисдикции подвергаются сомнению<sup>591</sup> либо вопрос остается открытым. В своей резолюции 2005 года, озаглавленной "Универсальная юрисдикция в отношении преступления геноцида, преступлений против человечности и военных преступлений", Институт не затронул вопроса об иммунитетах в отношении этих преступлений. В соответствии с пунктом 6 этой резолюции положения последней "[...] не ущемляют иммунитетов, установленных международным правом"<sup>592</sup>.

#### **в) Другие преступления международного значения**

208. Может возникнуть вопрос о том, следует ли также исключить иммунитет *ratione materiae* в отношении определенных преступлений международного значения, которые еще не приобрели статуса "преступлений по международному праву". Этот вопрос нечасто рассматривается в юридической литературе, и была выражена точка зрения, согласно которой "иммунитет должен отменяться только в отношении преступлений, признанных таковыми в международном праве"<sup>593</sup>.

209. Однако резолюция 2001, принятая Институту, предусматривает дополнительное исключение из иммунитета для бывшего главы государства или правительства от иностранной уголовной юрисдикции. В соответствии с пунктом 2 статьи 13 резолюции иммунитет не применяется, когда действия "[...] представляют собой неправомерное присвоение государственных активов и ресурсов"<sup>594</sup>. Комментируя это положение, Фокс заявил, что:

"новое обвинение имеет очень расплывчатое определение. Представляется, что, если оно подлежит судебному преследованию как внутригосударственное преступление (и национальное законодательство, возможно, должно обеспечить его

---

<sup>591</sup> См. Jean-Yves De Cara, "L'affaire Pinochet devant la Chambre des Lords", *Annuaire français de droit international*, vol. XLV, 1999, p. 99: "Наконец, не существует причин, по которым иммунитет главы государства, парализующий деятельность иностранной юрисдикции, действующей на своей территории, в виде исключения, не мог бы парализовать всеобщую компетенцию в данном вопросе".

<sup>592</sup> Текст резолюции см. в *Institut, Yearbook*, vol. 71-II (Krakow Session), 2006, pp. 296-301. Это положение было включено в проект резолюции после предложения Fox (*ibid.*, p. 214), и новый пункт был принят на основании консенсуса (*ibid.*, p. 282).

<sup>593</sup> Bianchi, *op. cit.* (1999), p. 261.

<sup>594</sup> *Institut, Yearbook, op. cit.*, p. 753. Это дополнительное исключение было включено в проект резолюции после предложений, внесенных некоторыми членами; см., в частности, Fox, *ibid.*, p. 615; Collins, *ibid.*, p. 617; и Feliciano, *ibid.*, p. 619.

действенность), оно будет толковаться с учетом нормы о незначительности правонарушения; только неправомерное присвоение государственных активов в огромных масштабах приведет к снятию иммунитета, которым пользуется руководитель в отношении распоряжения государственными активами или ресурсами при осуществлении своих официальных функций"<sup>595</sup>.

210. Тот же автор считает, что снятие иммунитета в отношении неправомерного присвоения в статье 13 резолюции является "новым положением de lege ferenda"<sup>596</sup>.

211. Аналогичным образом, предлагается, чтобы определенные действия (такие, как растрата имущества или незаконная торговля наркотиками), даже если они связаны с осуществлением властных функций, также не рассматривались как публичные действия ("actes de fonction") в целях иммунитета от иностранной юрисдикции<sup>597</sup>. В связи с этим делается ссылка<sup>598</sup> на заключения судов Соединенных Штатов в делах, касающихся бывших глав государств, обвиняемых в незаконной торговле наркотиками или финансовых преступлениях<sup>599</sup>.

---

<sup>595</sup> Fox, *op. cit.* ("The Resolution of the Institute of International Law..."), p. 123.

<sup>596</sup> *Ibid.*, p. 124.

<sup>597</sup> Dominicé, *op. cit.*, p. 304: "Между частными действиями главы государства, которые находят под уголовным юрисдикционным иммунитетом в период выполнения лицом своих функций, но которые более под него не подпадают с момента прекращения выполнения этих функций, и официальными актами, которые лицо осуществляет во исполнение своих обязанностей, без сомнения есть так называемая промежуточная зона, где встречаются действия и поступки, связанные с властными полномочиями, но которые не являются непосредственным исполнением функций. Как минимум, это спорный вопрос. Можно было бы привести пример хищения государственных средств или пособий, выделяемых государством, в целях личного обогащения. Речь идет о действиях, совершенных при или в рамках выполнения обязанностей, которые тем не менее не должны были бы быть расценены с точки зрения уголовного юрисдикционного иммунитета бывшего главы государства как акты исполнения функций. Так, можно говорить о наркоторговле, которая может осуществляться под прикрытием властных структур или с использованием их официального положения, но которая не будет в целях получения юрисдикционного иммунитета расцениваться, как действия, зависящие от исполнения функций". (Сноски пропущены.)

<sup>598</sup> *Ibid.*

<sup>599</sup> District Court, S.D. Florida, *United States of America, Plaintiff, v. Manuel Antonio Noriega, et al., Defendants*, Omnibus order of 8 June 1990, 746 F.Supp. 1506, p. 1519, fn 11 ("Преступная деятельность, такая как незаконная торговля наркотиками, в которой обвиняется подсудимый, вряд ли может рассматриваться как официальные действия или государственные обязанности, которые выполняются в интересах суверенного государства, особенно если, как в данном случае, эта деятельность, как предполагается, осуществлялась с единственной целью извлечения личной выгоды для иностранного руководителя. Однако с учетом решения Суда по иным основаниям он оставляет обсуждение этого вопроса до рассмотрения довода защиты подсудимого в отношении

212. Можно также обратить внимание на недавнее решение, в котором швейцарский Федеральный суд постановил, что иммунитет *ratione materiae* для бывшего министра не мешает привлечь его к судебной ответственности за коррупцию или общеуголовные преступления, совершенные в личном качестве<sup>600</sup>.

### с) Процессуальные аспекты

213. Хотя основная часть доктрины об иммунитете должностных лиц государства от иностранных уголовных юрисдикций касается материально-правовых аспектов, Комиссия может также посчитать для себя необходимым рассмотреть многочисленные процессуальные вопросы, которые возникают при ссылках на такой иммунитет и его применении. В данном разделе рассматриваются такие процессуальные аспекты. Во-первых, изучается вопрос, касающийся ссылки на иммунитет, в том числе следует ли вообще ссылаться на иммунитет, и если да, то кто может ссылаться на него и в какое время. Во-вторых, рассматривается вопрос об установлении иммунитета и подчеркивается, что государства придерживаются разной практики в отношении того, какие органы вправе установить, что иностранное должностное лицо обладает иммунитетом от юрисдикции. В-третьих, рассматриваются правовые последствия действия иммунитета от уголовной юрисдикции, в том числе разграничение между иммунитетом от юрисдикции и иммунитетом от исполнения судебного решения, а также вопрос об иммунитете должностных лиц государства, которые не обвиняются в уголовном деянии, и вопрос о том, какие конкретные действия не могут применяться в силу иммунитета. И наконец, рассматриваются вопросы, касающиеся отказа от иммунитета, будь то явно выраженный

---

действия государства (ниже)". Отклонив довод защиты в отношении действия государства, окружной суд посчитал, что вопрос заключается "не в том, использовал ли Норьега свое должностное положение для участия во вменяемых ему деяниях, а в том, были ли совершены эти деяния от имени Норьеги, а не от имени Панамы" (*ibid.*, p. 1523); в этом отношении Норьега не смог доказать, "что вменяемые ему деяния, связанные с наркотиками, были на самом деле действиями государства, а не действиями, совершаемыми в его собственных личных интересах" (*ibid.*); а также Court of Appeals Fifth Circuit, *Marcos Perez Jimenez, Appellant, v. Manuel Aristeguieta, Intervenor, Appellee, and John E. Maguire, Appellee*, 12 December 1962, 311 F.2d 547 (где отрицается применимость довода защиты в отношении действия государства к бывшему руководителю Венесуэлы в отношении финансовых преступлений).

<sup>600</sup> "Евгений Адамов против Федерального министерства юстиции", 1-я коллегия судей по публичному праву, 22 декабря 2005 года, частично опубликовано в *BGE* 132 II 81, para. 3.4.2. Относительно коррупции не вполне ясно, исключил ли Федеральный суд из сферы применения иммунитета *ratione materiae* коррупцию в целом или только акты коррупции, совершенные должностным лицом государства в личном качестве.

или подразумеваемый отказ органа власти, в компетенции которого находится отказ от иммунитета, и правовых последствий, которые может иметь отказ от иммунитета.

214. Поскольку как в практике, так и в теории процессуальные аспекты этой темы регулируются недостаточно, в данном разделе поднимаются возможные вопросы, которые могут заслуживать внимания. Хотя цель настоящего исследования заключается в освещении тех процессуальных аспектов, которые относятся конкретно к иммунитетам должностных лиц государства, Комиссия может посчитать необходимым пополнить эту иногда немногочисленную практику на основе, в соответствующих случаях<sup>601</sup>, процессуальной практики, применяемой в контексте других форм иммунитетов (таких, как иммунитеты, предоставляемые дипломатическим представителям и юрисдикционные иммунитеты государств). Поэтому в данном разделе содержатся также ссылки на процессуальную практику, применяемую в отношении этих других форм иммунитета, когда это представляется уместным.

## 1. Ссылка на иммунитет

### а) Следует ли ссылаться на иммунитет и если да, то кто может это сделать

215. Первый процессуальный вопрос, который возникает в отношении иммунитетов должностных лиц государства, касается того, следует ли ссылаться на иммунитет и если да, то кто имеет право ссылаться на него (физическое лицо, правительство этого лица, правительство страны суда или судья по собственной инициативе). С одной стороны, некоторые придерживаются мнения, что не обязательно ссылаться на иммунитет, поскольку презюмируется, что он применяется при отсутствии явно выраженного отказа от такого иммунитета, без необходимости специально ссылаться на него. Иными словами, вместо того, чтобы привести в действие состояние иммунитета посредством ссылки на него, требуется привести в действие состояние отсутствия иммунитета посредством отказа от него. В этом отношении Де Кара отмечает, что суд должен автоматически поставить вопрос о наличии иммунитета, если правительство должностного лица государства прямо не отказалось от него<sup>602</sup>. Это соответствует выводам настоящего исследования, которое

---

<sup>601</sup> В частности, следует постоянно иметь в виду процессуальные различия между гражданским судопроизводством и уголовным судопроизводством.

<sup>602</sup> De Cara, *op. cit.*, p. 76 ("Когда речь идет о возможности допуска исключений на государственном уровне, суд должен это признать официально, однако аккредитуемое государство может отказать в предоставлении иммунитета лицам, которые подпадают под данное положение, при условии ясно выраженного отказа"). См.



выявило гораздо больше примеров в отношении отказа от иммунитета, чем ссылок на иммунитет<sup>603</sup>. Это также согласуется с позицией, выраженной в резолюции Института, которая вместо предложения способа сослаться на иммунитет предусматривает, что иммунитеты должны предоставляться иностранной уголовной юрисдикцией, "как только им становится известен статус [лица] [как главы государства]"<sup>604</sup>. Аналогичным образом, в деле Доу Апелляционный суд Соединенных Штатов по второму округу заявил в частном определении, что, "когда отсутствует указание от исполнительной власти... суду приходится решать самому, имеет ли право глава государства на иммунитет"<sup>605</sup>. Из этого аргумента можно сделать вывод, что, если даже лицо или правительство не ссылается на иммунитет, вопрос об иммунитете может быть поставлен правительством страны суда или судом по собственной инициативе. Точка зрения, согласно которой иммунитет применяется без специальной необходимости сослаться на него, представляется согласующейся с практикой применения других форм иммунитета, таких как дипломатический иммунитет, консульский иммунитет и иммунитет в отношении

---

также Rousseau, *op. cit.*, p. 17 ("Некомпетентность собственных судов по отношению к иностранным государствам должна быть официально признана судьей"). Шоу, похоже, также соглашается с тем, что иммунитет применяется без специальной необходимости сослаться на него, отмечая в отношении иммунитета государства, что "ясно, что бремя доказывания лежит на истце, который должен установить, что применяется исключение из иммунитета", Shaw, *op. cit.* (2003), p. 666 (где цитируется судья Слафтон в деле *Raynier v. Department of Trade and Industry* [1987] BCLC 667). Сравните с Pierson, *op. cit.*, pp. 280-281 ("В соответствии с иным толкованием решения по делу *Schooner Exchange* оно рассматривается не как отставание абсолютного иммунитета, а как положение, согласно которому государство суда обладает юрисдикцией над всеми лицами и объектами в пределах своей территории, если оно не отказывается от юрисдикции. Последствия такого толкования огромны, поскольку оно переносит бремя доказывания на нарушителей прав человека, требуя, чтобы они доказали, почему должен применяться иммунитет, а не презюмируя наличие такого иммунитета, если невозможно найти норму обычного права или положение закона об отказе в иммунитете. Если презумпцию отсутствия иммунитета рассматривать как стандартную установку, становится гораздо труднее сослаться на то, что главы государств обладают иммунитетом в отношении международных преступлений. ...Херш Лаутерпахт также считает, что общая норма международного обычного права предусматривает презумпцию отсутствия иммунитета. Джордан Пост заявляет, что в контексте нарушений прав человека общая норма международного обычного права предусматривает презумпцию отсутствия иммунитета").

<sup>603</sup> Отказ от иммунитета подробно рассматривается ниже.

<sup>604</sup> *Institut*, Resolution, article 6.

<sup>605</sup> См. *In Re Doe*, 860 F.2d 40, 45 (19 Oct. 1988). Заявление содержится в частном определении, поскольку Суд установил, что любой иммунитет, которым может обладать Маркос, в любом случае снят; *ibid.*, p. 44.

специальных миссий, которые кодифицированы в своих материально-правовых аспектах без указания, как конкретно сослаться на этот иммунитет<sup>606</sup>.

216. С другой стороны, некоторые считают, что, для того чтобы иммунитет применялся, на него должна специально сослаться одна из сторон<sup>607</sup>. Например, в деле, касающемся некоторых аспектов взаимной помощи в уголовно-правовых вопросах, Пеле во время устного разбирательства заявил, выступая со стороны Франции, что сторона, претендующая на иммунитеты, должна сослаться на них: "В данном деле... явно отсутствует что-либо, что могло бы помешать или уже мешает этим лицам сослаться на иммунитет, на который сейчас претендует Джибути от их имени во французском уголовном суде. Но для этого они должны дать ему возможность оценить их аргументы в

---

<sup>606</sup> См. статью 31 Венской конвенции о дипломатических сношениях, статью 43 Венской конвенции о консульских сношениях, а также статью 41 Конвенции о специальных миссиях 1967 года. По мнению Денза, поэтому процессуальный вопрос в отношении дипломатического иммунитета "решается законодательством каждого государства-участника". Elieen Denza. *Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations* (Oxford, Oxford University Press, 1998), p. 253.

<sup>607</sup> *Institut, Yearbook*, vol. 69 (2000-2001), intervention of Jacques-Yves Morin, p. 584 ("иммунитет должен быть защищен в суде"). Относительно дипломатического иммунитета см. также J.M.T. Labuschagne, "Diplomatic Immunity: A Jurisdictional or Substantive-law Defence?", *South African Yearbook of International Law*, vol. 27 (2002), p. 294: ("На дипломатический иммунитет необходимо сослаться; он не является просто следствием должности или функции стороны") (анализ дела *Portion 20 of Plot 15 Athol (Pty) Ltd v. Rodrigues 2001 1 SA 1285 (W)*). При обсуждении в Институте Морен выразил мнение, что вопрос о необходимости сослаться на иммунитет связан с его процессуальным характером, особенно с тем, является ли иммунитет проблемой юрисдикции (competence) или приемлемости (recevabilité). В частности, Морен утверждает, что если иммунитет рассматривать как юрисдикционный вопрос, то нет необходимости в том, чтобы для его установления судом на него сослались стороны, но, по его мнению, более распространен подход, согласно которому стороны должны сослаться на иммунитет, и поэтому он является вопросом приемлемости; *Institut, Yearbook*, vol. 69 (2000-2001), intervention of Morin, p. 584 ("[Если] иммунитет находился в компетенции суда, но не был там защищен, то в крайнем случае суд должен прежде всего официально заявить о своей некомпетентности. Итак, как мне кажется, практика доказывает, что иммунитет должен быть защищен в суде, что укрепляет тезис об отсутствии оснований для принятия исков"). Точка зрения, согласно которой иммунитет – это вопрос приемлемости, также нашла поддержку у авторов комментариев, особенно Руссо, который отмечает, что "il s'agi[t] beaucoup moins d'incompétence que d'irrecevabilité."; Rousseau, *op. cit.*, p. 17 (citing Cass. Civ., 22 avril 1958, D. 1958.I.633, note Malaurie, *Journ. Dr. int.* 1958, p. 788, note Sialelli et *Rev. critiq.*, 1958, p. 591; Nancy, 18 mai 1961, *J.C.P.*, 1961.II.12421, note J.A. et *Journ. Dr. int.*, 1962, p. 436). Хотя это разграничение между юрисдикцией и приемлемостью распространено в международном праве (см., например, Hugh Thirlway, "The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989 (Part Eleven), *BYBIL*, vol. 71 (2000), pp. 73-83) и в гражданском праве (Georges Abi-Saab, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale* (Paris: Pedone, 1967), p. 9), в общем праве, похоже, не существует какого-либо точного эквивалента.

пользу иммунитета. Ни один из двух не воспользовался этими иммунитетами, даже посредством направления письма"<sup>608</sup>. Пеле, как представляется, ограничивает этот довод иммунитетами *ratione materiae*, утверждая, что, если лица, обладающие иммунитетом *ratione personae*, пользуются презумпцией наличия иммунитета, лица, которые обладают только иммунитетом *ratione materiae*, не пользуются такой презумпцией, и вопрос о таких иммунитетах должен решаться (предположительно после ссылки на него) в каждом конкретном случае:

«В случае действующего главы государства (или министра иностранных дел) "презумпция наличия иммунитета" является абсолютной и, вероятно, неопровержимой. Он обладает иммунитетами, и все; с другой стороны, когда речь идет о других должностных лицах государства, эта презумпция не действует и вопрос о предоставлении (или отказе в предоставлении) иммунитетов должен решаться в каждом конкретном случае на основе всех элементов дела. Это предполагает, что именно национальные суды определяют, рассматриваем ли мы совершенные действия в контексте официальных функций»<sup>609</sup>.

217. Кондорелли, выступая со стороны Джибути, отрицал понятие презумпции, заявив, что "на самом деле не может существовать даже малейшая презумпция, которая могла бы априори и абстрактно склонить чаши весов в ту или иную сторону"<sup>610</sup>. Однако даже приводя этот довод, Кондорелли также согласился с тем, что для рассмотрения вопроса об иммунитетах на них необходимо сослаться: "Проблема состоит в не в том, чтобы исходить из какой бы то ни было презумпции, а в том, чтобы конкретно проверить данные действия, *когда, разумеется, поднят вопрос о наличии иммунитета*"<sup>611</sup>. Однако Кондорелли не указал, кто именно (стороны или суд по собственной инициативе) имеет право или должен поднять вопрос об иммунитетах, отмечая, что "было бы абсурдом утверждать, что, поскольку два должностных лица Джибути еще только должны воспользоваться своими иммунитетами в контексте расследования дела о подстрекательстве к лжесвидетельству, которое неправомерно возбуждено против них во Франции, этот факт не дает права Республике Джибути просить Суд вынести решение и заявить, что Франция нарушает принципы международного права, касающиеся иммунитетов, в ущерб Джибути"<sup>612</sup>.

---

<sup>608</sup> *Djibouti v. France*, CR 2008/5, 25 January 2008, para. 79 (Pellet) (в переводе).

<sup>609</sup> *Ibid.*, p. 51, para. 77.

<sup>610</sup> *Djibouti v. France*, CR 2008/6, 28 January 2008, para. 7 (Condorelli) (в переводе).

<sup>611</sup> *Ibid.* (курсив добавлен).

<sup>612</sup> *Ibid.*, para. 8.

218. Если для применения иммунитета не требуется сослаться на него, возникает дополнительный вопрос о том, кто имеет право поднять вопрос о наличии иммунитета. В швейцарском деле против Фердинанда и Имельды Маркосов суд поставил под вопрос возможность Маркоса сослаться на иммунитет от своего имени и от имени своей супруги, сделав вывод, что лицо, которое более не возглавляет государство, не должно иметь возможности сослаться на иммунитет в отношении интересов этого государства<sup>613</sup>. В контексте дипломатического права Денза заявляет, что в практике Соединенных Штатов на иммунитет иностранного дипломата может сослаться либо само это лицо, либо его правительство, что, в таком случае, должно быть удостоверено правительством Соединенных Штатов<sup>614</sup>.

#### **b) Время ссылки на иммунитет и рассмотрение этого вопроса**

219. Относительно времени заявления претензии на иммунитет обычно считается, что вопрос об иммунитете должен быть поднят и рассмотрен в начале судебного разбирательства, как, например, в момент представления просьбы о выдаче. В своем консультативном заключении в отношении Спора, касающегося судебного-процессуального иммунитета Специального докладчика Комиссии по правам человека, Международный Суд четко заявил, что "вопросы иммунитета являются... предварительными вопросами, которые должны решаться в оперативном порядке *in limine litis*. Это общепризнанный принцип процессуального права"<sup>615</sup>. Суд четырнадцатью голосами против одного постановил, "что малазийские суды были обязаны рассмотреть вопрос о судебном-процессуальном иммунитете в качестве предварительного вопроса, подлежащего решению в оперативном порядке *in limine litis*"<sup>616</sup>. Верховен придерживается такой же точки зрения,

---

<sup>613</sup> *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police, op. cit.*, p. 534 ("В свое время речь шла об иммунитете от принудительного исполнения судебного постановления, которым бывший глава государства и его супруга намеревались воспользоваться вопреки интересам руководимой ими страны. Он (бывший глава государства) посчитал, что эта привилегия была признана в интересах самой страны").

<sup>614</sup> *Denza, op. cit.*, pp. 254-255.

<sup>615</sup> *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Advisory Opinion, op. cit.*, para. 63.

<sup>616</sup> *Ibid.*, para. 67(2)(b). Кроме того, он отметил в изложении своего обоснования, что, поскольку Малайзия не вынесла постановления по вопросу об иммунитете *in limine litis*, она "свела к нулю суть нормы об иммунитете, содержащейся в пункте b) раздела 22 [Конвенции о привилегиях и иммунитетах Объединенных Наций]". *Ibid.*, p. 88, para. 63.

считая, что на иммунитет необходимо сослаться *in limine litis*, поскольку он ставит вопросы приемлемости самого иска<sup>617</sup>.

220. Апелляционная камера Специального суда по Сьерра-Леоне пришла к такому же выводу в своем решении об иммунитете от юрисдикции для Чарльза Тейлора. В ответ на предварительное возражение о том, что ходатайство заявителя относительно иммунитета было преждевременным, поскольку «в нем поднят не "вопрос, касающийся юрисдикции" ... [а скорее] "вопрос, касающийся иммунитета", который должна решать Судебная камера, поскольку г-н Тейлор предстал перед нею лично»<sup>618</sup>, Апелляционная камера пришла к заключению, что:

"С технической точки зрения обвиняемый, который первоначально не явился в данный суд, не может подать предварительное ходатайство... в обычном случае такое заявление может считаться преждевременным и, соответственно, признано недействительным. Однако данное дело особенное. Утверждение, что действующий глава государства должен сначала позволить заключить себя в тюрьму, прежде чем он сможет поднять вопрос о своем иммунитете, не только существенным образом противоречит самой цели концепции суверенного иммунитета, но и предполагает, без рассмотрения дела по существу, вопросы об исключениях из этой концепции, которые в надлежащем порядке должны определяться после изучения по существу претензии на иммунитет"<sup>619</sup>.

---

<sup>617</sup> *Institut, Yearbook*, vol. 69 (2000-2001), Verhoeven, Rapport provisoire, p. 514 ("Иммунитет делает неприемлемым действие, которое было направлено против того, кто им пользуется, что, впрочем, объясняет, что он (иммунитет) должен быть опущен в рассмотрении, если заинтересованное лицо настойчиво не претендует на это. Под различными формулировками, некоторые тем не менее утверждают, что иммунитет затрагивает компетенцию юрисдикции намного больше, чем правомерность поставленного перед ней вопроса. Другими словами, запрет на ознакомление с действиями, предпринятыми против (главы) иностранного государства отобразил бы некую фундаментальную некомпетентность судов по отношению к понятию иностранного суверенитета. Эта теория имеет далекое прошлое. В частности, она, будучи систематизированной Нибуае сразу после Второй мировой войны, вновь приобрела более или менее ясные формулировки, которые были сделаны некоторыми ее сторонниками, главным образом французами") (где цитируется Nibouet, "Immunité de juridiction et incompétence d'attribution", *Rev. Crit. Dip.*, 1950, pp. 139 *et seq.*; Michel Cosnard, *La soumission des Etats aux tribunaux internes* (1996)).

<sup>618</sup> Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Decision on Immunity from Jurisdiction Case No. SCSL-2003-01-I, 31 May 2004, para. 21.

<sup>619</sup> *Ibid.*, para. 30 (где отмечается, что "хотя настоящий заявитель более не является действующим главой государства, изложение общих принципов должно охватывать ситуации, в которых заявитель остается

221. Поэтому Апелляционная камера отклонила предварительное возражение, "осуществляя свое полномочие и дискреционное право разрешить заявителю подать заявление, несмотря на то что он первоначально не явился в суд"<sup>620</sup>.

222. Национальные суды принимают такие же решения. В деле "Питер Тэтчелл против Роберта Мугабе", которое рассматривалось окружным судьей в Соединенном Королевстве, вопрос об иммунитете рассматривался в момент представления просьбы о выдаче<sup>621</sup>. В деле Хоннекера вопрос рассматривался на самой предварительной стадии, посвященной передаче дела в суд надлежащей юрисдикции, и на этой стадии заявление об установлении суда надлежащей юрисдикции на основании иммунитета было отклонено и дело не передано в суд для рассмотрения вопроса об иммунитете<sup>622</sup>. В деле Пиночета (№ 3) вопрос был поднят на стадии рассмотрения вопроса об ордере на арест Пиночета, который был выдан по получении просьбы Испании о выдаче генерала, прежде чем рассматривалась сама просьба о выдаче. В решении по заявлению об ордере на арест генерала Шауля Мофаза в Соединенном Королевстве окружной судья заявил:

"заявитель утверждает, что если генерал пользуется каким-либо иммунитетом, а это не признает заявитель, то надлежащим временем для рассмотрения этого вопроса будет первое слушание после выдачи ордера. Боюсь, что я не согласен с этим утверждением, и считаю, что иммунитет государства является одним из вопросов, которые я должен рассмотреть [уже на стадии выдачи ордера на арест]"<sup>623</sup>.

223. Хотя, таким образом, общепризнанным является то, что вопрос об иммунитете рассматривается в самом начале разбирательства, отмечается, что в контексте иммунитета государства он может быть поднят государством-ответчиком на любой стадии разбирательства, даже после того, как вынесено решение по существу дела<sup>624</sup>.

224. Вопрос о времени постановки вопроса об иммунитете может оказаться достаточно важным на практике, поскольку, как указано выше, могут применяться различные

---

действующим главой государства. Заявление, к которому относится это решение, было представлено, когда заявитель был главой государства").

<sup>620</sup> *Ibid.*

<sup>621</sup> *Tatchell v. Mugabe*, Judgment of 14 January 2004.

<sup>622</sup> Federal Supreme Court (Second Criminal Chamber), *In re Honecker*, приводится в *ILR*, vol. 80, pp. 365-366.

<sup>623</sup> District Court – Bow Street, *Application for Arrest Warrant Against General Shaul Mofaz*.

<sup>624</sup> *Rousseau, op. cit.*, p. 18 ("Возражение против рассмотрения дела, основанное на его неподсудности данному суду, может быть выдвинуто государством – ответчиком в любое время проведения судебного процесса, даже после вынесения основных решений").

материально-правовые нормы об иммунитете, в зависимости от того, является ли данное лицо действующим должностным лицом государства или бывшим. Например, в деле *Estate of Silme G. Domingo v. Republic of the Philippines* истцы подали иск в 1981 году, когда Маркос еще находился у власти, и впоследствии заявление о наличии иммунитета, представленное Государственным департаментом, было принято, а претензии к Маркосу отклонены на основании иммунитета. Однако в 1987 году, когда Маркос ушел со своего поста, истцы обратились с ходатайством о новом рассмотрении ранее отклоненных требований, и суд удовлетворил это ходатайство, подчеркнув, что, "хотя Государственный департамент представил заявление о наличии иммунитета, когда Маркос был президентом, он не представил нового заявления об иммунитете, поскольку Маркос ушел с поста", и что "заявление о наличии иммунитета имело значение, будучи представленным в 1982 году, но с учетом изменившихся обстоятельств оно не имеет никакого значения теперь"<sup>625</sup>. Апелляционная камера Специального суда по Сьерра-Леоне столкнулась с аналогичной ситуацией в своем решении по вопросу об иммунитете от юрисдикции для Чарльза Тейлора<sup>626</sup>. Обвинительное заключение против Тейлора, вынесенное Специальным судом, и заявление Тейлора о признании его недействительным были представлены, когда он был действующим главой государства, но Апелляционная камера не стала рассматривать это заявление до тех пор, пока Тейлор не ушел с поста президента<sup>627</sup>. Поэтому Апелляционная

---

<sup>625</sup> District Court for the Western District of Washington, *Estate of Domingo v. Republic of the Philippines*, 694 F.Supp. 782, Judgment of 29 August 1988, p. 782 (citing District Court for the Western District of Washington, *Domingo v. Republic of Philippines*, 808 F.2d 1349, Judgment of 26 January 1987, p. 1351 ("ни Государственный департамент, ни филиппинское правительство не вступили в данное дело от имени Маркоса после его ухода с поста"))).

<sup>626</sup> *The Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Decision on Immunity from Jurisdiction.

<sup>627</sup> *Ibid.*, para. 20. Следует отметить, что первоначально правительство Либерии выступило в качестве созаявителя с Тейлором по заявлению о признании обвинительного заключения недействительным. На основании возражения со стороны прокурора, который утверждал, что правительство Либерии не является стороной в процессе, либерийское правительство не было признано созаявителем, и Апелляционная камера сделала из этого вывод, что "следовательно, правительство Либерии не может считаться заявляющим в данном суде, что г-н Тейлор не подлежит уголовному судопроизводству в Специальном суде". *Ibid.*, para. 56. Несмотря на вывод Апелляционной камеры по этому вопросу, Либерия требовала иммунитета для Тейлора в других судах: до ухода Чарльза Тейлора с его поста Либерия возбудила параллельное разбирательство в Международном Суде, оспаривая ордер на арест на основании иммунитета. См. International Court of Justice, Press Release 2003/26: *Liberia applies to the International Court of Justice in a dispute with Sierra Leone concerning an international arrest warrant issued by the Special Court for Sierra Leone against the Liberian President* (5 August 2003) (Либерия обращается в Международный Суд в споре со Сьерра-Леоне относительно международного ордера на арест, выданного Специальным судом по Сьерра-Леоне в отношении либерийского президента

камера отметила, что, если бы она приняла решение об удовлетворении ходатайства о признании ордера недействительным, "то тогда возник бы вопрос о степени применения иммунитета для г-на Тейлора как бывшего главы государства"<sup>628</sup>. Хотя в конечном счете Апелляционная камера отклонила ходатайство о признании ордера недействительным на основании того, что она представляет собой международный суд, в котором нельзя ссылаться на иммунитеты, признаваемые в национальных судах<sup>629</sup>, она отметила в заключительном пункте своего решения, что "заявитель уже не был главой государства, когда рассматривалось предварительное ходатайство. Иммунитет *ratione personae*, на который он претендовал, перестал к нему применяться. Даже если бы он выиграл дело по своему заявлению, вследствие этого прокурор был бы вынужден выдать новый ордер на арест"<sup>630</sup>.

## 2. Установление иммунитета

225. Государства придерживаются различных подходов в вопросе о том, какие органы имеют право устанавливать наличие иммунитета иностранных должностных лиц государства. С одной стороны, в странах континентального права, как правило, только суды могут устанавливать наличие иммунитета, без участия министра иностранных дел или исполнительной власти в целом<sup>631</sup>. И напротив, в странах общего права суды чаще всего учитывают решения исполнительной власти об установлении иммунитета<sup>632</sup>. Однако это различие не всегда столь четко; например, как отмечает О'Нейл, в Соединенном Королевстве "Закон Соединенного Королевства о государственных иммунитетах уравнивает иммунитет главы государства с дипломатическим иммунитетом. Таким образом, британские суды располагают конкретным законодательным руководством в отношении иммунитета главы государства. Хотя правительство может попытаться повлиять на судебное разбирательство, в конечном счете оно не несет ответственности за принятие решений в отношении иммунитета главы государства"<sup>633</sup>. Другие страны

---

(5 августа 2003 года)). По этому делу не было принято никаких мер, поскольку Сьерра-Леоне не признала юрисдикцию Суда. *Ibid.*

<sup>628</sup> *Ibid.*

<sup>629</sup> *Ibid.*, para. 53.

<sup>630</sup> *Ibid.*, para. 59.

<sup>631</sup> *Insitut, Yearbook*, vol. 69 (2000-2001), Verhoeven, Rapport provisoire, p. 496.

<sup>632</sup> *Ibid.*

<sup>633</sup> O'Neil, *op. cit.*, p. 312.



Содружества, такие как Канада, Австралия, Южная Африка, Пакистан и Сингапур, придерживаются аналогичного подхода на основе модели, предусмотренной в Законе об иммунитетах государства<sup>634</sup>.

226. Даже в пределах одного и того же государства баланс власти между судебной и исполнительной ветвями в решениях об иммунитете может оказаться спорным, о чем ярко свидетельствует пример Соединенных Штатов. Хотя суды Соединенных Штатов исторически в значительной мере считались с исполнительной властью во всех решениях по иммунитету, включая как иммунитет государства, так и иммунитет главы государства, полагаясь на крайне убедительные "заявления о наличии иммунитета" со стороны Государственного департамента<sup>635</sup>, FSIA предоставляет судебной власти полномочие по принятию самостоятельных решений относительно иммунитета, и такой подход направлен на "деполитизацию вопроса о суверенном иммунитете с возложением ответственности за его решение на судебную власть"<sup>636</sup>. Суды Соединенных Штатов расходятся во мнениях относительно того, предоставляет ли также FSIA судебным органам право независимо устанавливать иммунитет главы государства: хотя некоторые суды пришли к заключению, что этот Закон переносит ответственность за рассмотрение всех претензий на иностранный иммунитет, включая те, что предъявлены от имени глав государства, с Государственного департамента на судебную власть<sup>637</sup>, другие суды постановили, что FSIA не применяется к претензиям на иммунитет, предъявленным главами государств, и что практика, основанная на общем праве, которая сложилась еще до принятия этого Закона и согласно которой учитываются заявления Государственного департамента о наличии иммунитета, остается в

---

<sup>634</sup> *Insitut, Yearbook*, vol. 69 (2000-2001), Verhoeven, Rapport provisoire, p. 495.

<sup>635</sup> O'Neil, *op. cit.*, p. 312-313.

<sup>636</sup> George Kahale, III and Matias A. Vega, "Immunity and Jurisdiction: Toward a Uniform Body of Law in actions Against Foreign States, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 18 (1979), pp. 219-220 (citing H.R. Rep. No. 1487, 94<sup>th</sup> Cong., 2d Sess., 7, *reprinted in* [1976] U.S. Code Cong. & Ad. News 6604, 6605).

<sup>637</sup> См., например, Court of Appeals for the 9th Circuit, *Chuidian v. Philippine National Bank*, 912 F.2d 1095, Judgment of 29 August 1990, p. 1101; United States, Court of Appeals for the 5th Circuit, *Byrd v. Corporacion Forestal y Industrial de Olancho S.A.*, 182 F.3d 380, Judgment of 10 August 1999 (где постановлено, что два отдельных должностных лица государственной корпорации, ведущие дела с партнерами в Соединенных Штатах, квалифицируются как государственные органы и что FSIA предоставляет иммунитет в отношении их официальных действий); District Court for the Northern District of California, *Doe v. Qi*, 349 F.Supp. 2d 1258, Judgment of 8 December 2004, p. 1287 (где постановлено, что "в соответствии с FSIA как он толкуется Чуидианом, и согласно политике Конгресса должностное лицо приобретает суверенный иммунитет как представительство или орган государства только в том случае, если он или она действуют согласно законному и конституциональному возложению полномочий").

силе<sup>638</sup>. Суды, относящиеся к этой последней группе, считают, что "судебная власть не является наиболее подходящей для определения сферы применения иммунитета глав государств... Исполнительная власть, естественно, имеет больше опыта и знаний в этой области. Кроме того, гибкость, необходимая для оперативной реакции на чувствительные проблемы, возникающие в результате противоречия между частными правами личности и интересами международного сообщества, свойственна больше решениям исполнительной власти, чем судебной"<sup>639</sup>. Один суд пошел даже на то, чтобы применять такое обращение к

---

<sup>638</sup> Court of Appeals for the Seventh Circuit, *Wei YE, Hao Wang, Does, A, B, C, D, E, F, and others similarly situated v. Zemin*, 383 F.3d. 620, Judgment of 8 September 2004, p. 625 ("FSIA не... рассматривает вопрос об иммунитете глав иностранных государств. FSIA касается иностранных государств, но не их руководителей. Этот Закон определяет термин "иностранное государство" как включающий административно-территориальную единицу, представительство или орган иностранного государства, но в нем отсутствует какое-либо упоминание глав государств. Поскольку FSIA не распространяется на глав государств, решение относительно иммунитета глав иностранных государств остается за исполнительной властью, как это было до 1976 года"); District Court for the Central District of California, *Gerritsen v. de la Madrid*, No. CV-85-5020-PAR, slip op onion of 5 February 1986, pp. 7-9 (где принято заявление Государственного департамента о наличии иммунитета от имени мексиканского президента и отмечается, что FSIA "не касается отдельных представителей иностранных государств"); Court of Appeals for the 11<sup>th</sup> Circuit, *United States v. Noriega*, 117 F.3d 1206, Judgment of 7 July 1997, p. 1212; District Court for the District of Columbia, *Saltany v. Reagan*, 702 F.Supp. 319, Judgment of 23 December 1988, p. 320 (требования к британскому премьер-министру Маргарет Тэтчер отклонены на основании заявления правительства о наличии иммунитета для действующего главы правительства); *aff'd in part, rev'd in part*, Court of Appeals for the District of Columbia, 886 F.2d 438; District Court for the Eastern District of New York, *Lafontant v. Aristide*, 844 F.Supp. 128, Judgment of 27 January 1994, p. 137; District Court for the District of Columbia, *First Am. Corp. v. Al-Nahyan*, 948 F.Supp. 1107, Judgment of 26 November 1996, p. 1119 ("принятие FSIA не было направлено на ущемление полномочий Государственного департамента... по установлению иммунитета для глав государств или для дипломатического либо консульского персонала... Соединенные Штаты представили заявление о наличии иммунитета от имени Его Высочества Шейха Заеда, и суды Соединенных Штатов обязаны признать такое установление для главы государства как безусловное"); District Court for the Southern District of New York, *Tachiona v. Mugabe*, 169 F.Supp.2d 259, Judgment of 30 October 2001, p. 288 ("*Tachiona I*") ("Принимая FSIA, Конгресс не предполагал нарушать традиционную практику Государственного департамента, который посредством своих заявлений о наличии иммунитета предоставляет признанным главам государств абсолютную защиту от осуществления юрисдикции судами данной страны"), *aff'd in part, rev'd in part*, Court of Appeals for the 2d Circuit, 386 F.3d 205 (без пересмотра заключения относительно иммунитета главы государства). Один из авторов комментариев, соглашаясь с разделением на тех, кто признает заявления исполнительной власти о наличии иммунитета, и тех, кто считает, что FSIA распространяется на иммунитет должностных лиц государства, предлагает компромиссную законодательную формулировку: "возлагая на президента дискреционное полномочие [по принятию решений относительно иммунитета глав государств] в ряде обстоятельств, определенных в законе". Bass, *op. cit.*, p. 312.

<sup>639</sup> Court of Appeals for the 2d Circuit, *In re Doe*, 860 F.2d 40, Judgment of 19 October 1988, p. 45.

исполнительной власти в делах, связанных с нормами общего международного права<sup>640</sup>. Такой контроль со стороны исполнительной власти за решениями относительно иммунитета для должностных лиц государства подвергается критике некоторыми авторами комментариев<sup>641</sup>.

227. Хотя подавляющее большинство судов Соединенных Штатов признают "заявления о наличии иммунитета", представленные исполнительной ветвью власти<sup>642</sup>, следует отметить, что при отсутствии заявления о наличии иммунитета эти суды могут сами прийти к заключению, что должностное лицо иностранного государства пользуется иммунитетом. В этом отношении Танкс отмечает, что "можно найти решения судов Соединенных Штатов о признании иммунитета глав иностранных государств в отношении частных неофициальных действий, даже когда исполнительная власть не заявляет о наличии иммунитета, если соблюдены три условия: а) лицо, претендующее на иммунитет, является действующим главой государства; б) Соединенные Штаты признают лицо как законного главу государства; и с) иностранное государство не отказалось от иммунитета"<sup>643</sup>. Иными словами, в практике Соединенных Штатов существует

---

<sup>640</sup> Court of Appeals for the Seventh Circuit, *Wei YE, Hao Wang, Does, A, B, C, D, E, F, and others similarly situated v. Zemin*, 383 F3d. 620, Judgment of 8 September 2004, p. 627 ("право исполнительной ветви власти установить, что руководитель иностранного государства должен иметь иммунитет от иска, [применяется] даже в том случае, когда этот руководитель обвиняется в деяниях, нарушающих нормы общего международного права").

<sup>641</sup> В частности, как утверждает Мэллори, существует опасность того, что установления Государственного департамента относительно иммунитета могут быть произвольными, поскольку отсутствует четкий стандарт, *op. cit.*, pp. 183-184. Во-вторых, Государственный департамент не располагает необходимым механизмом для вынесения судебных решений, с тем чтобы установления относительно иммунитета были последовательными и справедливыми, поскольку он не имеет никакого механизма для проведения судебных слушаний, а также не обладает полномочиями принуждать к даче свидетельских показаний, обеспечивать присутствие свидетелей или разрешать обращаться с апелляцией; *ibid.*, pp. 184-186. В-третьих, Мэллори заявляет, что при принятии решения о наличии иммунитета Государственный департамент подвержен необоснованному политическому давлению иностранных государств, поскольку он "стоит перед неприятным выбором" – либо обидеть иностранное государство отказом признать иммунитет, либо вынести решение о наличии иммунитета, которое может казаться необоснованным по существу дела, с тем чтобы сохранить добрые дипломатические отношения; *ibid.*, pp. 183-187.

<sup>642</sup> Напротив, в некоторых делах правительство Соединенных Штатов представляет не имеющее обязательной силы "заявление о заинтересованности", которое можно сравнить больше с *amicus curiae* (мнением эксперта), чем с обязывающим "заявлением о наличии иммунитета". См. United States, *Tachiana I*, p. 283 n. 1. Когда речь идет о заявлении о заинтересованности, а не о заявлении о наличии иммунитета, суды Соединенных Штатов иногда отказываются признать его. См. например, United States, *Tachiona I*, p. 284 n. 106.

<sup>643</sup> Tunks, *op. cit.*, p. 669.

определенная асимметрия в отношении передачи вопроса об иммунитете на усмотрение исполнительной власти: хотя американские суды почти никогда не отказывают в иммунитете, если исполнительная власть представила заявление о наличии иммунитета<sup>644</sup>, "когда отсутствует указание исполнительной власти... суду приходится решать самому, имеет ли право глава государства на иммунитет"<sup>645</sup>.

228. Вопрос о полномочиях по установлению иммунитета встает и в отношении представителя Организации Объединенных Наций. В консультативном заключении в отношении Спора, касающегося судебного-процессуального иммунитета Специального докладчика Комиссии по правам человека, Международный Суд пришел к заключению, что:

"Генеральный секретарь как главное административное должностное лицо Организации несет первоочередную ответственность за защиту интересов Организации; с этой целью именно он должен определить, действовали ли его представители в пределах своих функций, и, если он сделает такой вывод, защитить своих представителей, включая экспертов в командировках, отстаивая их иммунитет... Когда национальные суды рассматривают дело, в котором речь идет об иммунитете представителя Организации Объединенных Наций, они должны быть незамедлительно уведомлены о каком-либо заключении Генерального секретаря относительно такого иммунитета. Это заключение и его документальное оформление создают презумпцию, которую можно отвергнуть только по очень веским причинам и которой, таким образом, национальные суды придают самое большое значение"<sup>646</sup>.

Суд пришел к выводу, что, поскольку малазийское правительство не передало заключение Генерального секретаря свои судам, Малайзия не выполнила своих

---

<sup>644</sup> Supreme Court, *Republic of Mexico v. Hoffman*, 324 U.S. 30, Judgment of 5 February 1945, p. 35 ("Суды не должны поступать таким образом, чтобы ущемлять исполнительную власть в ее ведении международных дел... Поэтому суды не должны отказывать в иммунитете, который наше правительство считает надлежащим предоставить"); *Tachiana I*, p. 271 и p. 282 п. 91 (где предполагается, что ни один американский суд не проигнорировал заявление о наличии иммунитета). Но сравните с District Court of the Northern District of California, *Republic of Philippines v. Marcos*, 665 F.Supp. 793, Judgment of 11 February 1987, pp. 797-98 (где отклоняется заявление о наличии иммунитета, представленное Государственным департаментом от имени Генерального солиситора Филиппин).

<sup>645</sup> Court of Appeals for the 2d Circuit, *In re Doe*, 860 F.2d 40, Judgment of 19 October 1988, p. 45.

<sup>646</sup> *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, *op. cit.*, paras. 60-61.

обязательств согласно статье 105 Устава и Конвенции о привилегиях и иммунитетах Объединенных Наций<sup>647</sup>. Таким образом, в конкретном контексте иммунитета представителя Организации Объединенных Наций Суд постановил, что решение Генерального секретаря о том, имеет ли представитель право на иммунитет, должно рассматриваться национальными судами как первостепенное.

### **3. Правовые последствия действия иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции**

#### **а) Иммунитет от юрисдикции в отличие от иммунитета от исполнительных мер**

229. Иммунитет должностного лица государства от юрисдикции судов иностранного государства необходимо отличать от иммунитета от исполнительных мер, включая как исполнительные меры до вынесения судебного решения, такие как меры по аресту или наложению взыскания на имущество до вынесения решения, так и меры после вынесения решения, такие как конфискация имущества этого должностного лица. Хотя тема, которой занимается Комиссия, в принципе касается первого из указанных иммунитетов от самой юрисдикции, в предварительном обзоре этой темы была предусмотрена возможность того, что Комиссия рассмотрит связанный с ней вопрос об иммунитете от исполнительных мер или обеспечения исполнения судебного решения<sup>648</sup>. Это различие четко проводится и в отношении других форм иммунитета. Например, в контексте юрисдикционных иммунитетов государств в комментарии к составленному Комиссией проекту статей о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности предусмотрено, что "теоретически иммунитет от принудительных мер отличается от юрисдикционного иммунитета государства в том смысле, что последний касается исключительно иммунитета от вынесения решений на судебных процессах"<sup>649</sup>, и отмечается, что на практике существует значительная поддержка этого различия между иммунитетом от исполнительных мер и иммунитетом от юрисдикции<sup>650</sup>.

---

<sup>647</sup> *Ibid.*, para. 62.

<sup>648</sup> Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции (г-н Роман А. Колодкин), Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, Шестьдесят первая сессия (A/61/10), Приложение А, стр. 447.

<sup>649</sup> Проекты статей о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, с комментариями, 1991 год, Ежегодник... 1991 год, том II (часть вторая), стр. 56.

<sup>650</sup> Там же (ссылка на судебные решения, приведенные в седьмом докладе Специального докладчика Сомпонга Сучариткула, Ежегодник, 1985 год, том II (часть первая), стр. 44–45, документ A/CN.4/388, пункты 73–77;

230. Комментируя вопрос об иммунитете государства от исполнительных мер, Дженнингс и Уоттс подчеркивают, что он отличается от иммунитета от юрисдикции, и указывают, что, "даже если иностранное государство в надлежащем порядке подлежит юрисдикции местных судов, исполнение любого судебного решения против государства не может, как правило, осуществляться против его собственности"<sup>651</sup>. Аналогичным образом, Браунли отмечает (также в контексте иммунитета государства), что:

"Вопрос об иммунитете от юрисдикции (процессуальный иммунитет) отличается от вопроса об иммунитете от ограничительных мер, применяемых по осуществлению юрисдикции. Такие меры – это все меры ограничения, которые направлены в отношении собственности иностранного государства (включая средства на банковских счетах) либо с целью обеспечения исполнения судебных решений (*execution foree*), либо с целью наложения взыскания до вынесения судебного решения (*saisie conservatoire*). Различие между "иммунитетом от юрисдикции" и "иммунитетом от исполнительных мер" отражает особую чувствительность государств к мерам принудительного обеспечения исполнения, которые направлены в отношении их активов, и исполнительные меры могут привести к серьезным спорам на дипломатическом уровне. В то же время существуют веские соображения принципиального характера в пользу точки зрения, согласно которой, если внутригосударственная правовая система предусматривает полномочия для осуществления юрисдикции и вынесения судебного решения, юрисдикция по принудительному обеспечению исполнения такого судебного решения также может осуществляться"<sup>652</sup>.

231. Кроме того, Кахале и Вега отмечают в отношении практики Соединенных Штатов, что "отличительной чертой права, предусматривающего суверенный иммунитет до

---

второй доклад Моту Огисо, Ежегодник... 1989 год, том II (часть первая), стр. 96–97, документ A/CN.4/422 и Add.1, пункты 42–44.

<sup>651</sup> Jennings and Watts, *op. cit.*, pp. 350-351 (где отмечается, что, "таким образом, Европейская конвенция об иммунитете государства 1972 года, в соответствии с факультативными положениями этой Конвенции, позволяет налагать исполнительные меры в отношении собственности государства с целью обеспечения исполнения окончательного решения в судебном разбирательстве, возбужденном против государства, при обстоятельствах, когда Конвенция не предусматривает какого-либо иммунитета от юрисдикции, в той мере, в какой это разбирательство касается промышленной или коммерческой деятельности, которой государство занимается таким же образом, как частное лицо, и данная собственность использовалась исключительно в связи с такой деятельностью").

<sup>652</sup> Brownlie, *op. cit.*, p. 338.

принятия [FSIA], было заметное разграничение между нормами, регулируемыми иммунитетом от иска и иммунитетом от исполнительных мер"<sup>653</sup>. Анализ дипломатического иммунитета позволяет сделать аналогичные выводы. Например, пункт 3 статьи 31 Венской конвенции о дипломатических сношениях предусматривает, что "никакие исполнительные меры не могут приниматься в отношении дипломатического агента"<sup>654</sup>. В своих комментариях к этому положению Денза заявляет, что иммунитет дипломатического агента от исполнительных мер "давно закрепился в международном обычном праве" и "основывается на неприкосновенности дипломата в отношении его личности, жилища и имущества, а также на его иммунитете от гражданской юрисдикции"<sup>655</sup>.

232. Точно такое же различие между иммунитетом от юрисдикции и иммунитетом от исполнительных мер существует и в отношении должностных лиц государства. Например, резолюция 2001, принятая Институтом, содержит отдельные положения относительно этих двух иммунитетов для действующих глав государств<sup>656</sup>, бывших глав государств<sup>657</sup> и глав

---

<sup>653</sup> George Kahale b Matias A. Vega, "Immunity and Jurisdiction: Toward a Uniform Body of Law in Actions against Foreign States", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 18 (1979-1980), p. 217.

<sup>654</sup> Венская конвенция о дипломатических сношениях, статья 31. Исключение из этой нормы предусмотрено в случаях:

а) вещных исков, относящихся к частному недвижимому имуществу, находящемуся на территории государства пребывания, если только он не владеет им от имени аккредитуемого государства для целей представительства;

б) исков, касающихся наследования, в отношении которых дипломатический агент выступает в качестве исполнителя завещания, попечителя над наследственным имуществом, наследника или отказополучателя как частное лицо, а не от имени аккредитуемого государства;

в) исков, относящихся к любой профессиональной или коммерческой деятельности, осуществляемой дипломатическим агентом в государстве пребывания за пределами своих официальных функций. Там же, пункт 1 статьи 31.

<sup>655</sup> Denza, *op. cit.*, p. 263 (где отмечается, что, "поскольку этот вопрос всегда рассматривался на практике или в литературе как отличный от иммунитета от гражданской юрисдикции, это обычно относилось к норме (в настоящее время предусмотренной в пункте 4 статьи 32), согласно которой отказ от иммунитета от юрисдикции не означает отказа от иммунитета в отношении исполнения решения"). См. также *ibid.*, p. 284 (где ставится вопрос о том, требуется ли особый отказ в уголовном разбирательстве).

<sup>656</sup> Сравните статью 2 Резолюции Института (об иммунитете от юрисдикции) с пунктом 1 статьи 4 (об иммунитете от исполнительных мер) (там же).

<sup>657</sup> Сравните пункт 2 статьи 13 (об иммунитете от юрисдикции) с пунктом 3 статьи 13 (об иммунитете от исполнительных мер) (там же).

правительств<sup>658</sup>. Кроме того, в решении по делу Grand Jury Proceedings суд провел разграничение между иммунитетом от юрисдикции и иммунитетом от вручения судебных извещений<sup>659</sup>. Комментируя дело Каддафи, которое рассматривалось во французском кассационном суде, Заппала проводит аналогичное разграничение между иммунитетом от юрисдикции и иммунитетом от исполнительных мер, отмечая, что принадлежащий Каддафи иммунитет *ratione personae* как де-факто главе государства, "возможно, позволил французским судам подтвердить юрисдикцию, с одной стороны, по гражданским искам, предъявленным семьями жертв, и, с другой стороны, по заочному уголовному разбирательству (которое разрешено во французском законодательстве). Тем не менее какая-либо мера по обеспечению исполнения, и прежде всего арест полковника Каддафи, ни в коем случае не могут быть применены в случае официальных визитов"<sup>660</sup>.

233. В контексте должностных лиц государства, столкнувшихся с уголовным разбирательством, разграничение между иммунитетом от юрисдикции и иммунитетом от исполнительных мер ставит специфические вопросы, поскольку к физическому лицу могут быть применены "исполнительные меры до вынесения судебного решения" особого свойства (такие, как арест или предварительное заключение) еще до того, как будет рассмотрен вопрос об иммунитете от юрисдикции. По этой причине стоит изучить разделение иммунитета от исполнительных мер на иммунитет от ограничительных мер до вынесения судебного решения и иммунитет от ограничительных мер после вынесения судебного решения, как это принято в отношении юрисдикционных иммунитетов государств<sup>661</sup>. В результате этого могут появиться три процессуально отдельных

---

<sup>658</sup> Там же, пункт 1 статьи 15 ("Глава правительства иностранного государства пользуется таким же... иммунитетом от юрисдикции, который признается в настоящей Резолюции за главой государства. Данное положение не ущемляет какого-либо иммунитета главы правительства от исполнительных мер").

<sup>659</sup> *In re Grand Jury Proceedings, ILR*, p. 602 ("Однако в данном деле вопрос состоит не в том, могут ли Маркосы нести гражданско-правовую ответственность, а в том, обладают ли они полным процессуальным иммунитетом").

<sup>660</sup> *Zappala, op. cit.*, p. 612.

<sup>661</sup> Сравните статью 18 (об иммунитетах до вынесения судебного решения) со статьей 19 (об иммунитетах после вынесения судебного решения) Конвенции Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности 2004 года. На самом деле, в докладе Председателя Рабочей группы отмечалось, что это различие для некоторых делегаций "основывалось на том, что иммунитет государства должен быть более широким в отношении принудительных мер до вынесения решения [sic], чем в отношении мер, принятых в целях исполнения решения [sic]". Конвенция о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, Доклад Председателя Рабочей группы, Шестой комитет, пятьдесят четвертая сессия, документ A/C.6/54/L.12, стр. 6, пункт 35 (12 ноября 1999 года). Однако другие делегации не поддерживали различие между



иммунитета: иммунитет от принудительных мер до вынесения судебного решения, иммунитет от юрисдикции (независимо от того, пользуется ли лицо иммунитетом от принудительных мер до вынесения судебного решения) и иммунитет от принудительных мер после вынесения судебного решения (в случае, если отказано от иммунитета от юрисдикции и вынесено судебное решение).

234. Иммунитет от исполнительных мер следует также отличать от понятия неприкосновенности должностного лица государства. В работе Института термин "иммунитет от исполнительных мер" используется в связи с собственностью или главой государства либо правительства<sup>662</sup>, тогда как термин "неприкосновенность" употребляется в отношении лица<sup>663</sup>. Однако оба эти понятия тесно связаны друг с другом, поскольку наложение взыскания или исполнительная мера могут также ущемить иммунитет должностного лица государства. Эта взаимосвязь признана в проекте пункта 2 статьи 25, предложенном Специальным докладчиком Сомпонгом Сучариткулом в контексте юрисдикционных иммунитетов государств и их собственности, который предусматривает, что "ни одна мера взыскания или исполнительная мера не может приниматься в отношении собственности лица, являющегося сувереном или главой государства, если эти меры невозможно принять, не ущемляя неприкосновенность его личности или его жилища"<sup>664</sup>. В деле, касающемся ордера на арест, судья *ad hoc* Ван ден Вингарт отметила в

---

принудительными мерами до и после вынесения судебного решения, и этот вопрос стал предметом продолжительной дискуссии в Рабочей группе. См.: Конвенция о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, Доклад Председателя Рабочей группы, Шестой комитет, пятьдесят пятая сессия, документ A/C.6/55/L.12, стр. 15–25, пункты 53–83.

<sup>662</sup> Резолюция, принятая Институтом в 2001 году, статья 4 ("Собственность, принадлежащая лично главе государства и расположенная на территории иностранного государства, не может стать предметом какой-либо исполнительной меры, кроме как во исполнение окончательного судебного решения, вынесенного против такого главы государства").

<sup>663</sup> Там же, статья 1 ("Лицо, являющееся главой государства, пользуется неприкосновенностью, находясь на территории иностранного государства").

<sup>664</sup> Проект пункта 2 статьи 25, предложенный Специальным докладчиком Сомпонгом Сучариткулом в его седьмом докладе, *Yearbook*, vol. II(1), 1985, p. 45. Как указывалось выше, в Части первой, проект статьи 25 не сохранился в окончательном варианте статей. Синклер первоначально предлагал заменить ее на защитительную оговорку, в которой без непосредственного употребления слова "неприкосновенность" содержалась бы прямая ссылка на ограничительные меры в отношении собственности: "Настоящие статьи не наносят ущерба иммунитету, как от юрисдикции, так и от ограничительных мер в отношении личной собственности, которым пользуется лицо как суверен или глава государства по международному праву в отношении действий, совершенных в личном качестве". A/CN.4/SR.1944, Summary record of the 1944th meeting, Sinclair, para. 26. В варианте, принятом в первом чтении, эта ссылка пропущена, и в более общей форме

своем особом мнении, что, хотя Суд в своем решении постановил, что Бельгия не соблюдала иммунитет от уголовной юрисдикции и неприкосновенность действующих министров иностранных дел, «в Решении не поясняется, что имеется в виду под словом "неприкосновенность" и оно просто сопоставляется со словом "иммунитет"»<sup>665</sup>. Она пытается провести разграничение между этими двумя понятиями и отмечает, что в случае дипломатического иммунитета "предъявление обвинения или направление повестки в суд, вероятно, противоречит *иммунитету* дипломата, тогда как применение в отношении него исполнительных мер, скорее всего, нарушает *неприкосновенность* дипломатического агента"<sup>666</sup>.

235. Представляется, что иммунитет от исполнительных мер в некоторых случаях рассматривается как расширенная форма иммунитета по сравнению с иммунитетом от юрисдикции. Руссо подчеркивает в контексте иммунитета государства, что в соответствии с доминирующей практикой и теорией иммунитет от исполнительных мер шире, чем иммунитет от юрисдикции, поскольку потенциальный ущерб суверенитету иностранного государства более значителен<sup>667</sup>. Кахале и Вега отмечают (также в контексте иммунитета государства), что даже после принятия ограничительной теории иммунитета государства в отношении иммунитета от иска абсолютная теория иммунитета преобладает в контексте иммунитета от исполнительных мер, и, таким образом, "частная сторона в процессе может опровергнуть довод защиты со ссылкой на иммунитет от иска в чисто коммерческом деле,

---

предусматривается, что "настоящие статьи... не наносят ущерба привилегиям и иммунитетам, предоставляемым в соответствии с международным правом главам государств *ratione personae*". Проект пункта 2 статьи 4, принятый в первом чтении, *Yearbook...* 1986, vol. II (2), p. 9. Эта формулировка была сохранена в окончательном варианте проекта статьи, которая стала пунктом 2 статьи 3 и которая была принята Комиссией в 1991 году. Ежегодник... 1991, Том II (часть вторая), стр. 22.

<sup>665</sup> Dissenting Opinion of Judge ad hoc Van den Wyngaert, para. 75 (со ссылкой на *Arrest Warrant*, Judgment, para. 78(2)).

<sup>666</sup> *Ibid.* (со ссылкой на J. Brown, "Diplomatic Immunity: State Practice under the Vienna Convention on Diplomatic Relations", ICLQ, vol. 37 (1988), p. 53.) Сравните с Cosnard, *op. cit.* (1999), p. 312 (где автор считает, что неприкосновенность бывших глав государств существует только в той мере, в какой их юрисдикционные иммунитеты не препятствуют возбуждению против них уголовного разбирательства).

<sup>667</sup> Rousseau, *op. cit.*, p. 16 ("В соответствии с основными доктринальными и практическими положениями область иммунитета от принудительного исполнения судебного постановления является более широкой, чем область юрисдикционного иммунитета. Это объясняется большей степенью ущерба, который наносится суверенитету иностранного государства, и использованием принудительных мер против государства, что в любом случае не сравнимо с понятием его независимости"). См. также Shaw, *op. cit.* (2003), p. 659 ("Явно выраженный отказ от иммунитета от юрисдикции... сам по себе не означает отказа от иммунитета от исполнительных мер").

возбужденном против иностранного государства, но ей не удастся взыскать средства по вынесенному в результате решению суда"<sup>668</sup>. В комментариях к проектам статей о юрисдикционных иммунитетах государств иммунитет от исполнения решения определяется как "последний бастион иммунитета государств" и заявляется, что, "если признать, что никакое суверенное государство не может осуществлять своей суверенной власти в отношении другого столь же суверенного государства (*par in parem imperium non habet*), то отсюда вытекает *a fortiori*, что никакие принудительные меры не могут осуществляться путем исполнения решения или принуждения властями одного государства в отношении другого государства и его собственности"<sup>669</sup>. Эта же самая основная тенденция в направлении расширения иммунитета от обеспечения исполнения судебного решения существует также и в отношении иммунитета должностных лиц государства. Например, в деле, касающемся ордера на арест, Международный Суд отметил, что, хотя в данном ордере указано, что "должность министра иностранных дел, которую в настоящее время занимает подсудимый, не является основанием для иммунитета от юрисдикции и обеспечения исполнения судебного решения", Суд сделал исключение, предоставив иммунитет от обеспечения исполнения судебного решения «всем представителям государства, которые приглашаются в таком качестве на территорию Бельгии (в рамках "официальных визитов")»<sup>670</sup>.

**b) Иммунитет должностных лиц государства, которые сами не обвиняются в совершении преступного деяния**

236. Следует рассмотреть вопрос о том, пользуются ли должностные лица государства иммунитетом только в том случае, если они обвиняются в совершении преступного

---

<sup>668</sup> Kahale and Vega, *op. cit.*, p. 217. См. также *ibid.*, pp. 221-222 и fn. 53 (где отмечается, что Закон об иммунитетах иностранных суверенов в Соединенных Штатах "изменил нормы об иммунитете от исполнительных мер с целью приведения их в большее соответствие с нормами, касающимися иммунитета от иска согласно ограничительной теории", но что "применение исполнительных мер все еще не допускается во всех случаях, когда иностранное государство может оказаться объектом иска". Авторы приводят пример стороны, которая заключает договор подряда на покраску посольства и которая может предъявить иск к иностранному правительству за нарушение договора в соответствии с исключением в отношении коммерческой деятельности по подпункту 2 пункта а) раздела 1605 FSIA, но она не сможет взыскать средства по судебному решению при отсутствии отказа от иммунитета, поскольку подпункт 2 пункта а) раздела 1610 этого же Закона ограничивает применение исполнительных мер имуществом, используемым для коммерческой деятельности, на основании которой предъявлен иск).

<sup>669</sup> "Ежегодник... 1991 год", том II (часть вторая), стр. 66.

<sup>670</sup> *Arrest Warrant*, para.68.

деяния, или и при других обстоятельствах, например, когда они приглашаются в качестве свидетелей в уголовном процессе. Хотя практика довольно незначительна, общая тенденция, как представляется, направлена в сторону расширения иммунитета от осуществления власти со стороны иностранной системы уголовного правосудия и для тех должностных лиц государства, которые сами непосредственно не обвиняются в совершении преступного деяния. В деле "Прокурор против Блашкича" Апелляционная камера МТБЮ рассмотрела вопрос о том, может ли она направить приказ о явке в суд с документами министру обороны Республики Хорватии с требованием представить определенные документы, имеющие отношение к делу, возбужденному против обвиняемого. Апелляционная камера единогласно решила, что она не может направлять "обязывающие приказы" должностным лицам государства, выступающим в официальном качестве<sup>671</sup>, и в своем обосновании специально отметила, что функциональный иммунитет должностного лица государства не позволяет суду направлять приказ о явке в суд с документами<sup>672</sup>. Хотя это дело касалось иммунитета в международном трибунале, а не в национальном уголовном суде, Апелляционная камера отметила, что осуществление судебного полномочия Трибунала основано на тех же нормах, что и национальном суде<sup>673</sup>.

237. Аналогичным образом в судебном решении по гражданскому делу *Bundesverwaltungsgericht* (Федеральный административный суд) Германии, в котором оспаривалось отклонение правительством заявления о предоставлении убежища тамилом из Шри-Ланки<sup>674</sup>, лицо, ищущее убежища, подало ходатайство о проведении перекрестного

---

<sup>671</sup> *Prosecutor v. Blaskic, Sub poena decision*, Disposition para.2.

<sup>672</sup> *Ibid.*, para. 38. Трибунал пришел к заключению, что, "если судья или камера намерены издать приказ о представлении документов, выемке доказательств, аресте подозреваемых и прочих действиях, которые предполагают участие государства, его органов или должностных лиц, они должны обратиться к соответствующего государству". *Ibid.*, para. 43.

<sup>673</sup> *Ibid.*, para. 54 (где утверждается, что в "горизонтальной" парадигме равных суверенных государств "любое проявление следственных или судебных действий (взятие показаний, выемка документов, допрос свидетелей и пр.), которые запрошены одним из договаривающихся государств, должно осуществляться исключительно соответствующими органами государства, получившего эту просьбу", и что "эти государства придерживаются такого же подхода в отношении Международного трибунала, а не занимают позицию, согласно которой Международный трибунал имеет превосходство согласно своему Уставу и своему статусу "по вертикали").

<sup>674</sup> *Bundesverwaltungsgericht* (Federal Administrative Court), Judgment of 30 September 1988, *Deutsches Verwaltungsblatt* 1989, 261 et seq., сводная информация содержится в базе данных по государственной практике в отношении иммунитетов государства Комитета юрисконсультов по международному публичному праву (КЮМПП) Совета Европы по адресу: [http://www.coe.int/t/e/legal\\_affairs/legal\\_co-operation/public\\_international\\_law/State\\_Immunities/](http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/public_international_law/State_Immunities/) (последнее посещение 3 марта 2008 года).

допроса министра обороны Индии для обоснования своего утверждения, что индийские войска участвовали в массовых убийствах тамиллов в Шри-Ланке. *Bundesverwaltungsgericht* отверг это ходатайство, заключив, что неограниченный иммунитет, которым обладают суверенные государства, распространяется на должностных лиц, действующих от имени этих государств, и определенно препятствует вызовам в суд для дачи показаний в качестве свидетелей в отношении этих отсутствующих специальных положений в договоре о суверенных актах. Несмотря на тот факт, что самому министру обороны не было предъявлено обвинения в совершении преступного деяния, суд заключил, что его свидетельские показания касались миссии индийских войск, развернутых в Шри-Ланке, их мотивов и официальных действий, и, таким образом, несомненно, касались суверенных актов. Суд, таким образом, заключил, что у министра не было каких-либо правовых обязательств в отношении дачи показаний и от него не требовалось давать их по правилам международной вежливости<sup>675</sup>.

238. Этот принцип также обосновывается ссылкой на дипломатическое право. В частности, согласно ВКДС "дипломатический агент не обязан давать показаний в качестве свидетеля"<sup>676</sup>. Аналогичным образом, в Конвенции о специальных миссиях 1969 года предусмотрено, что "представители посылающего государства в специальной миссии и члены ее дипломатического персонала не обязаны давать показаний в качестве свидетелей"<sup>677</sup>.

239. Совсем недавно применение иммунитета к государственным должностным лицам, не обвиняемым непосредственно в уголовных деяниях, довольно подробно обсуждалось в материалах письменного и устного разбирательства дела о некоторых вопросах взаимной поддержки по уголовным делам<sup>678</sup>, хотя на момент подготовки настоящего исследования суду еще только предстоит вынести свое решение. В частности, вопрос релевантности к настоящему обсуждению затрагивает вручение французскими судебными властями двух повесток о вызове свидетелей в суд (*convocation à témoin*) президенту Республики Джибути, требующих дачи им свидетельских показаний в связи с обвинением в

---

<sup>675</sup> *Ibid.*

<sup>676</sup> Пункт 2 Статьи 31.

<sup>677</sup> Пункт 3 статьи 31.

<sup>678</sup> Memorial of the Republic of Djibouti, 15 March 2007, paras. 133-138; Counter-Memorial of the French Republic, 13 July 2007, paras. 4.6-4.27; Djibouti, CR 2008/1 (21 January 2008) (van den Biesen), pp. 36-37, 50-51; France, CR 2008/5 (25 January 2008) (Pellet), pp. 25-40; Djibouti, CR 2008/6 (28 January 2008), (van den Biesen), pp. 18-26; France, CR 2008/7 (29 January 2008) (Pellet), pp. 40-45.

совершении преступления по подстрекательству к лжесвидетельству против X по делу против X по обвинению в убийстве Бернара Борреля. Джибути утверждала, что президент Джибути обладает иммунитетом от дачи свидетельских показаний, в связи с тем что иммунитет главы государства применяется не только к результатам судебного процесса, но и к другим типам действий со стороны судьи, включая попытку обязать таких лиц давать свидетельские показания<sup>679</sup>. Касательно дела об ордере на арест, по которому Суд постановил, что "сама выдача [ордера на арест] нарушает иммунитет" рассматриваемого государственного должностного лица<sup>680</sup>, Джибути утверждала, что, в то время как повестка о вызове свидетеля в суд не является принудительным актом того же уровня, как ордер на арест, он, бесспорно, является актом принуждения, применяемым к вызываемому по повестке лицу и, соответственно, актом, к которому применяется иммунитет<sup>681</sup>. Как представляется, Франция признает, что иммунитет главы государства может применяться к обязательной к исполнению повестке о вызове свидетеля в суд, выдвигая при этом возражения, что рассматриваемая повестка о вызове свидетеля в суд была необязательным приглашением к даче свидетельских показаний, от которого, следовательно, можно было без последствий отказаться<sup>682</sup>. В этом отношении Франция утверждала, что иммунитет

---

<sup>679</sup> Memorial of the Republic of Djibouti, *op. cit.*, para. 134 ("[Это] понятие касается не только решений, принятых по существу дискуссии, но также и других видов действий, одобренных судьей, в том числе и тех, с помощью которых была совершена попытка обязать указанных лиц дать свидетельские показания").

<sup>680</sup> *Arrest Warrant*, para. 70.

<sup>681</sup> Memorial of the Republic of Djibouti, *op. cit.*, para. 135 («Необходимо напомнить в связи с этим, что Суд, в деле "Об ордере на арест", рассмотрел вопрос о том, чем выдача и использование международного ордера на арест наносят ущерб положениям об иммунитете с точки зрения его сущности и радиуса действия. В связи с этим суд констатировал, что сам факт выдачи такого ордера "представляет собой действия бельгийских судебных властей, дающие право на совершение ареста". Конечно, повестка о вызове для дачи свидетельских показаний не является сама по себе актом принуждения, сравнимым с ордером на арест, но она тем не менее бесспорно представляет собой принудительную составляющую, сам факт предписания которой адресован вызываемому человеку: тогда как подобное предписание также противоречит юрисдикционному иммунитету»).

<sup>682</sup> Counter-Memorial of the French Republic, *op. cit.*, paras. 4.6-4.12, especially para. 4.11 ("[...] Повестка о вызове для дачи свидетельских показаний, направленная по дипломатическим каналам представителю иностранного государства – будь-то, например, глава иностранного государства, – является простым приглашением, которое не накладывает никакого обязательства на того, кто в ней указан"); France, CR 2008/5 (25 January 2008) (Pellet), pp. 28-31, 33-35 в особенности р. 28, para 15 ("международное законодательство... конечно, не исключает приглашение лиц, пользующихся международной защитой, для дачи свидетельских показаний в связи с уголовным расследованием"); р. 30, para 21 ("у судьи, принимающего участие в судебном следствии, не было намерения подвергать этих высокопоставленных чинов из Джибути какой-либо форме угрозы принуждения"); р. 31, para. 23 («можно воспользоваться аналогией, которая, возможно, более знакома адвокатам в пределах

применяется только к актам, которые могут привести к аресту лица или которые, в более широком смысле, ограничивают его или ее свободу по выполнению своих функций на международном уровне (и как следствие затрагивают ведение его или ее государственных международных отношений)<sup>683</sup>. Франция пришла к следующим выводам:

- "без сомнения, не было какого-либо нарушения иммунитета президента Республики Джибути либо его достоинства под влиянием приглашения к даче свидетельских показаний, которое он был полностью свободен принять либо отклонить;
- это приглашение, которое не сопровождалось каким-либо принуждением или угрозой такового, соответствует во всех отношениях дипломатическим традициям и принципам международного права, применимым к главам иностранных государств;
- закрыл эпизод отказ президента Геллеха от дачи письменных показаний, который не требовалось обосновывать и который не был обоснован, и любое решение Суда здесь по этому вопросу в любом случае становится беспредметным"<sup>684</sup>.

240. Для целей настоящего исследования следует отметить, что открытые дебаты между двумя сторонами касаются того, имеет ли повестка о вызове свидетеля в суд обязательный или необязательный характер согласно французскому законодательству<sup>685</sup>. Как представляется, обе стороны согласны с тем, что по международному праву иммунитет главы государства применяется к обязывающей повестке о вызове свидетеля в суд (даже когда она направляется главе государства, прямо не обвиняемому в преступном деянии),

---

системы общего права, "обычный" свидетель... должен давать свидетельские показания *sub roepa*, тогда как посол и президент приглашаются к этому добровольно и без угроз»; р. 33, para. 26 ("судья Клеман пригласил президента Республики Джибути давать свидетельские показания в качестве обычного свидетеля, а не *témoïn assisté* [юридически представляемого свидетеля]; это означает, что она не посчитала, что ему было предъявлено какое-либо обвинение, и действительно, это была не обычная повестка о вызове свидетеля в суд, а приглашение к даче свидетельских показаний, которое не сопровождалось какой-либо угрозой принуждения"); р. 35, para. 31 ("трудно проследить, каким образом простое приглашение к даче свидетельских показаний, которое не сопровождалось какой-либо угрозой принудительного осуществления, могло бы каким-либо образом представлять собой посягательство на достоинство главы государства").

<sup>683</sup> Counter-Memorial of the French Republic, *op. cit.*, para. 4.9.

<sup>684</sup> France, CR 2008/5 (25 January 2008) (Pellet), p. 40, para. 47.

<sup>685</sup> See, e.g., Djibouti, CR 2008/6 (28 January 2008), (van den Biesen), pp. 18-26; France, CR 2008/7 (29 January 2008) (Pellet), pp. 40-45.

поскольку она выступает в качестве внешнего ограничителя его действий, в то время как он неприменим к не имеющей обязательной силы повестке о вызове свидетеля в суд, поскольку глава государства имеет право проигнорировать ее.

**с) Действия, которые не могут применяться в силу иммунитета**

241. Если установлено, что данное государственное должностное лицо обладает иммунитетом, необходимо прояснить, препятствует ли этот иммунитет осуществлению любого рода уголовного судопроизводства иностранным государством в отношении этого лица, или только определенных процедур, таких как процедуры, ограничивающие его или ее свободу передвижения или процедуры, ограничивающие его или ее способность выполнять должностные функции<sup>686</sup>. Хотя судебная практика достаточно ограничена, представляется, что если иммунитет применяется, он предоставляет общий иммунитет от всякого применения власти системы уголовного правосудия в отношении данного лица, а не только того, которое непосредственно препятствует его или ее свободе передвижения или непосредственно препятствует выполнению им или ею должностных функций. Например, по делу Хонекера было вынесено определение, что иммунитет не только препятствует формальному судебному разбирательству против главы государства, но и что "любой запрос или расследование, проводимое полицией или прокурором, вследствие этого являются недопустимыми"<sup>687</sup>. Аналогичным образом в деле Доу относительно иммунитета от вызова обвиняемого повесткой в суд *duces tecum*, для взятия у него образцов голоса и почерка, отпечатков ладоней, отпечатков пальцев и предоставления им финансовых документов суд, в конечном счете, вынес решение о том, что правительство Филиппин явным образом отменило любой иммунитет, которым обладал обвиняемый. Смысл мотивировки решения суда состоит в том, что, если бы они обладали иммунитетом, этот иммунитет распространился бы на создание препятствия для законности такого

---

<sup>686</sup> Этот подраздел связан с предыдущим подразделом в связи с тем, что дополнительные акты такого типа, исследующиеся в настоящей работе (например, повестки в суд или повестки о вызове свидетеля в суд), могут во многих случаях быть тем же типом действий, рассматриваемым в отношении лиц, не обвиняемых в преступном деянии. Этот подраздел отличается от предыдущих, однако, в связи с тем, что в предыдущем подразделе рассматривается, применяется ли иммунитет ко всем лицам этой категории (не обвиняемым в преступных деяниях); этот подраздел основывается на предпосылке, что рассматриваемое лицо пользуется иммунитетом, и в нем исследуется сфера охвата этого иммунитета, в особенности в какой степени он распространяется на дополнительные принудительные меры со стороны системы уголовного судопроизводства другого государства.

<sup>687</sup> *In re Honecker*, Judgment of 14 December 1984, *op. cit.*, pp. 365-366.



вызова повесткой в суд<sup>688</sup>. Аналогичным образом в деле *Lasidi, S.A. v. Financiera Avenida, S.A.*, гражданском иске о клевете, истцы стремились получить письменные показания под присягой его высочества шейха Заида бен Султана Аль Нахайяна, абсолютного правителя Абу-Даби, который уклонился от дачи письменных показаний под присягой на основании иммунитета главы государства<sup>689</sup>. Государственный департамент Соединенных Штатов подал "заявление о заинтересованности", минимизации "любого посягательства на достоинство шейха Заида в его должностном качестве" и того, что "Соединенные Штаты считают, что суды США не потребуют представления личных сведений от иностранного главы государства при отсутствии подтвержденной необходимости"<sup>690</sup>. Таким образом, суд, в конечном счете, принял решение по этому делу на основании исключений, заключив, что "добровольные действия в отношении подачи встречных исков привели к отказу от какого-либо иммунитета от дачи свидетельских показаний, которым в ином случае обладал бы шейх"<sup>691</sup>. Исходя из этого вывода, однако, предполагается, что, если бы такой иммунитет не был отменен, он применялся бы к даче письменных показаний под присягой.

242. Эти широкие возможности иммунитета, распространяющиеся на все действия системы уголовного судопроизводства, которые могут затронуть неприкосновенность лица, находят некоторую поддержку в практике дипломатического права. Необходимо отметить, однако, что соответствующее положение пункта 2 статьи 31 ВКДС предназначено служить материально-правовым освобождением от обязательства о даче свидетельских показаний для дипломатов, а не процессуальным иммунитетом от него, вопрос, который подробно обсуждался Комиссией<sup>692</sup>. Это материально-правовое

---

<sup>688</sup> *In re Doe, op. cit.*, pp. 43-46. См. также *In re Grand Jury Proceedings, Doe No. 700*, 817 F.2d 1108, Judgment of 5 May 1987, p. 1111, приводится в *ILR*, vol. 81, p. 602 ("вопрос в этом случае не в том, могут ли Маркосы быть привлечены к гражданской ответственности, а в том, обладают ли они полным иммунитетом от процесса"). См. также Мэллори (*Mallory, op. cit.* p. 196 ("в случаях, в которых глава государства становится участником процессуальных действий, суды должны проводить стадию досудебного представления списка свидетелей образом, совместимым с достоинством главы государства в его должностном качестве").

<sup>689</sup> Court of Appeals for the State of New York, *Lasidi, S.A. v. Financiera Avenida, S.A.*, 538 N.E.2d 332, Judgment of March 28, 1989, pp. 948-951.

<sup>690</sup> *Ibid.*, p. 949. Относительно необязательного характера такого "заявления о заинтересованности" в законе Соединенных Штатов по сравнению с обязывающим "заявлением об иммунитете" см. выше, сноска 642.

<sup>691</sup> *Ibid.*, p. 950.

<sup>692</sup> *Yearbook...* 1958, vol. I, pp. 147-152; Denza, *op. cit.*, pp. 259-260. Малазийский верховный суд поддержал это различие в деле "*Государственный прокурор против Орхана Ормега*", 1987 год, что обсуждается ниже, сноска 736 сопроводительный текст.

освобождение было несколько раз проверено на практике. Например, в 1856 году, когда министр Нидерландов стал свидетелем убийства в Соединенных Штатах, он отказался от дачи свидетельских показаний по вопросу в суде Соединенных Штатов. Правительство Соединенных Штатов поставило этот вопрос перед правительством Нидерландов, подчеркивая, что "не подвергается сомнению, что как по обычаям стран, так и согласно законам Соединенных Штатов г-н Дюбуа имеет законное право отказаться от дачи показаний", но предложило, чтобы он сделал это исключительно в интересах правосудия. Министр, в конечном счете, не стал свидетелем по делу<sup>693</sup> и был объявлен *persona non grata*<sup>694</sup>. В 1864 году в отношении вызова в суд для дачи показаний, который был предназначен для передачи через Министерство иностранных дел Великобритании послу Франции, английские работники юстиции сообщили,

"[ч]то согласно устоявшимся принципам международного права посол не подлежит юрисдикции судов государства, в котором он аккредитован, как с целью вызова в суд для дачи показаний, так и с любой другой целью; ...бесспорно, каждое правительство, при котором аккредитован посол, при любых обстоятельствах, дающих основания полагать, что интересы правосудия будут соблюдены благодаря его добровольной явке в качестве свидетеля в судебные учреждения, компетентно делать любые заявления, которые оно считает нужными в целях побуждения его к согласию отказаться от своей бесспорной привилегии и предоставить свидетельские показания, разумеется, без какого-либо вызова в суд"<sup>695</sup>.

Таким образом, работники юстиции установили различие между добровольными приглашениями к даче свидетельских показаний, приемлемыми в рамках международного права, и обязательными вызовами в суд, не совместимыми с иммунитетом, которым может обладать государственное должностное лицо<sup>696</sup>.

---

<sup>693</sup> Denza, *op. cit.*, p. 258.

<sup>694</sup> *Ibid.*, p. 260.

<sup>695</sup> *Ibid.*, p. 258-259.

<sup>696</sup> Денза отмечает, что резолюции Института по дипломатическим иммунитетам в 1985 и 1929 годах содержали условие, что "лица, обладающие юридическим иммунитетом, могут отказаться предстать в качестве свидетелей перед территориальным судом, при условии что, если от них это требуется по дипломатическим каналам, они должны давать свои показания в дипломатической резиденции судье страны, присланным к ним для этой цели", но добавляет, что условие не полностью показательное для международного обычного права, потому что, хотя многие государства внесли условие в своем законодательстве о даче свидетельских показаний дипломатами при особых обстоятельствах, "нет указания о том, что иммунитет дипломата от принуждения в отношении дачи показаний был когда-либо обусловлен его согласием использовать такие особые возможности,

243. Понятие, что иммунитет должен распространяться не только на те действия, которые непосредственно препятствуют выполнению государственным должностным лицом его или ее должностных функций, но и на всякое осуществление полномочий системы уголовного судопроизводства в отношении лица, можно считать логически вытекающим из обоснования иммунитета, который основан на возможной предпосылке, что для выполнения его или ее должностных обязанностей государственное должностное лицо должно пользоваться свободой передвижения, возможностью беспрепятственно работать и взаимодействовать в иностранной юрисдикции без угрозы вмешательства в его или ее работу. Например, Суд в своем решении в деле об ордере на арест подчеркнул, что "даже сама возможность того, что в результате поездки в другое государство или транзита через него министр иностранных дел может подвергнуться процессуальным действиям, может удержать министра от международной поездки, когда это требуется в целях выполнения его или ее должностных обязанностей"<sup>697</sup>. Другими словами, потенциальная угроза вмешательства или ограничения, хотя она непосредственно не препятствует выполнению должностных обязанностей, может ограничить способность государственного должностного лица эффективно выполнять должностные обязанности<sup>698</sup>. Это положение также проиллюстрировано в деле об ордере на арест, когда Суд отклонил аргумент Бельгии о том, «что принудительное осуществление ордера в третьих государствах "зависит от ряда дальнейших принятых предварительных мер" и что, учитывая "незаконченный" характер ордера по отношению к третьим государствам,

---

и существовало много правовых систем, таких, например, как правовые системы Англии и Соединенных Штатов, в которых свидетельские показания, данные при таких условиях, не принимались судом". *Ibid.*, p. 259.

<sup>697</sup> *Arrest Warrant*, paras. 53-55 (курсив добавлен).

<sup>698</sup> Может быть, однако, что этот иммунитет применяется только если рассматриваемое действие противоречит должностным обязанностям лица. Например, пункт 1 статьи 43 ВККС, одновременно с предоставлением иммунитета от "юрисдикции судебных или административных органов государства пребывания в отношении действий, совершаемых ими при выполнении консульских функций", в действительности ограничивает иммунитет в узкой области ответственности для предоставления свидетельских показаний в делах, противоречащих их должностным обязанностям. Там же, пункт 3 статьи 44 ("работники консульского учреждения не обязаны давать показания по вопросам, связанным с выполнением ими своих функций, или представлять относящуюся к их функциям официальную корреспонденцию и документы"). См. также там же в пункте 2 статьи 44 ("Орган, которому требуется показание консульского должностного лица, должен избегать причинения помех выполнению этим лицом своих функций. Он может, когда это возможно, заслушивать такие показания на дому у этого лица или в консульском учреждении или же принимать от него письменные показания"). В отношении дачи свидетельских показаний, не противоречащих осуществлению его должностных обязанностей, в Конвенции предусмотрено, что такое должностное лицо "не может отказываться давать показания". Там же, пункт 1 статьи 44.

"нарушение суверенитета [Конго] не имело места"<sup>699</sup>. Отвергая это положение, Суд заключил, что сама выдача и распространение ордера "фактически нарушают иммунитет г-на Еродиа как действующего министра иностранных дел Конго и, кроме того, неизбежно окажут воздействие на осуществление Конго своих международных отношений"<sup>700</sup>. Суд подчеркнул, что, так как Еродиа в его качестве министра иностранных дел часто приходилось совершать поездки, «простое международное распространение ордера, даже при отсутствии "дальнейших шагов" со стороны Бельгии, *могло закончиться... его арестом во время пребывания за границей*» и поэтому составило нарушение обязательства Бельгии по отношению к Конго<sup>701</sup>. Поскольку незаконченный акт, такой как выдача ордера на арест или повестки в суд, может затронуть способность государственного должностного лица выполнять его или ее должностные обязанности, из этого следует, что иммунитет распространяется также на такие действия, а не просто на такое осуществление полномочий, которые прямо и непосредственно препятствуют выполнению его или ее должностных обязанностей<sup>702</sup>. Напротив, судья аль-Хасаун в своем особом мнении заявил, что:

"Министр иностранных дел имеет право на иммунитет от принудительного осуществления при выполнении им должностной миссии... но простое начало уголовного расследования против него едва ли можно назвать сколь-либо объективным критерием для создания вмешательства в ведение дипломатии. Слабонервный или сверхчувствительный министр может ограничить свои частные поездки или почувствовать дискомфорт, но это субъективный элемент, который не нужно принимать в расчет"<sup>703</sup>.

244. Судья *ad hoc* ван ден Вингаерт заняла промежуточную позицию в своем особом мнении, в соответствии с которым жалоба может быть расследована как общий вопрос, без

---

<sup>699</sup> *Arrest Warrant*, para. 71 (скобки в оригинале).

<sup>700</sup> *Ibid.*

<sup>701</sup> *Ibid* (курсив добавлен).

<sup>702</sup> См. *ibid.*, para. 54 ("Иммунитет и... неприкосновенность [министра иностранных дел] защищают указанное лицо от любых действий властей другого государства, которые бы помешали ему выполнять свои обязанности"). Полное воздействие судебного решения по делу об ордере на арест на национальное законодательство, предусматривающее преследование должностных лиц иностранного государства, остается неясным. См. Вутерс (*Wouters, op. cit.*, pp. 264-265) (можно сделать примечание, что в отношении актов, которые могут быть предприняты против лиц, пользующихся иммунитетом, в соответствии со статьей 5(3) бельгийского законодательства с исправлениями, остаются двусмысленности).

<sup>703</sup> Особое мнение судьи аль-Хасауна, пункт 4.

нарушения иммунитета государственного должностного лица, но прямое требование, чтобы это государственное должностное лицо дало свидетельские показания или явилось для допроса, запрещается иммунитетом<sup>704</sup>.

#### 4. Отказ от иммунитета

245. Общим аспектом различных типов иммунитета является способность бенефициария отказаться от этого иммунитета. Например, в отношении иммунитета государств Конвенция о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности Организации Объединенных Наций предусматривает, что:

"государство не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции при разбирательстве в суде другого государства в отношении какого-либо вопроса или дела, если оно явно выразило согласие на осуществление этим судом юрисдикции в отношении такого вопроса или дела в силу *a)* международного соглашения, *b)* письменного контракта или *c)* заявления в суде или письменного сообщения в рамках конкретного разбирательства"<sup>705</sup>.

246. Принцип также отражен в региональных договорах<sup>706</sup>, решениях национальных судов<sup>707</sup> и внутригосударственных законах<sup>708</sup> в отношении иммунитета государств, и его

---

<sup>704</sup> Особое мнение судьи *ad hoc* ван де Вингаерт, пункт 75. Эти различные позиции обсуждаются в *Wouters, op. cit.*, pp. 258-259 (имеется примечание, что *stricto sensu* как только Суд объявил о выдаче и распространении ордера на арест, а ордер на арест еще не был приведен в исполнение, Бельгии были необходимы дальнейшие шаги для приведения в исполнение ордера на арест в третьих государствах, но эти факторы не помешали Суду сделать вывод, что выдача ордера нарушила иммунитет Еродиа. После чего он рассматривает вопрос, должны ли простые акты расследования пунктов обвинения против министра иностранных дел соответствовать критерию функциональности, поддерживаемому Судом). См. также *Verhoeven, "Quelques réflexions sur l'affaire..."*, *op. cit.*, p. 534 (при расследовании дела об ордере на арест были сделаны следующие выводы: "Из этого объяснения следует, что любое официальное начало уголовной процедуры против министра иностранных дел другого государства в принципе противоречит международному праву. Первоначально не имеет большого значения, пойдет ли речь только об информационных обязанностях или о мерах подготовки. Вывод разумен. Впрочем, он уже давно допускается в дипломатическом праве").

<sup>705</sup> Пункт 1 статьи 7.

<sup>706</sup> См., например, Европейская конвенция об иммунитете государств (1972 год), статья 2.

<sup>707</sup> См., например, решение Апелляционного суда Бухареста от 29 мая 2003 года (в котором содержится вывод о том, что румынские суды не обладают компетенцией по рассмотрению какого-либо типа споров, в которых ответчиком является иностранное государство или его представитель дипломатического представительства, за исключением дел, когда соответствующее государство отказывается от своего иммунитета), сводная информация содержится в базе данных по государственной практике в отношении иммунитетов государства Комитета юрисконсультов по международному публичному праву (КЮМПП) Совета Европы по адресу:

поддерживают авторы комментариев<sup>709</sup>. Аналогичным образом в отношении дипломатического иммунитета ВКДС предусматривает, что "от иммунитета от юрисдикции дипломатических агентов и лиц, пользующихся иммунитетом согласно [этой Конвенции], может отказаться аккредитуемое государство"<sup>710</sup>.

247. Наряду с практикой дипломатического и государственного иммунитета существует широкое согласие, что государственным должностным лицам также может быть отказано в иммунитете<sup>711</sup>. Международный суд заключил, что государственные должностные лица "перестанут пользоваться иммунитетом от иностранной юрисдикции, если государство, которое они представляют или представили, решит отказаться от этого иммунитета"<sup>712</sup>, позиция, которую прямо поддерживают национальные суды<sup>713</sup>. Аналогичным образом в

---

[http://www.coe.int/t/e/legal\\_affairs/legal\\_co-operation/public\\_international\\_law/State\\_Immunities/](http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/public_international_law/State_Immunities/) (последнее посещение 3 марта 2008 года).

<sup>708</sup> См., например, Соединенное Королевство, Закон о государственном иммунитете 1978 года, s2(1) и (2); Соединенные Штаты, FSIA, § 1605(a)(1).

<sup>709</sup> См., например, Jennings and Watts, *op. cit.*, p. 351 ("государство, хотя в принципе имеет право на иммунитет, может отказаться от своего иммунитета").

<sup>710</sup> Пункт 1 статьи 32.

<sup>711</sup> Фактически, многочисленные национальные суды смотрели определенно на близкую связь между этими различными формами иммунитета, отмечая, что иммунитет государственных должностных лиц разработан и аналогичен доктрине дипломатического и государственного иммунитета, из чего можно заключить, что в нем также может быть отказано. См., например, Швейцария, *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, *op. cit.*, p. 536 ("Статьи 32 и 39 Венской конвенции должны, таким образом, применяться по аналогии и к главам государств. В соответствии со статьей 32 аккредитуемое государство может отказать в юрисдикционном иммунитете чиновникам, но оно всегда должно это делать ясно и недвусмысленно, так как одних доказательных действий недостаточно"); *Lafontant v. Aristide*, *op. cit.*, p. 587 ("Отказ от иммунитета главы государства аналогичен условиям отказа, изложенным в Венской конвенции о дипломатических сношениях, статьи 31(a), 31(2) и 29, предусматривающие, что от иммунитета дипломатических агентов может отказаться аккредитуемое государство"); *In re Grand Jury Proceedings, Doe No. 700*, *op. cit.*, p. 602 (обсуждение отказа согласно Венской конвенции о дипломатических сношениях и вынесение решения, что "верно, что это условие Венской конвенции применяется только к дипломатам, но мы не видим какой-либо причины того, что ее обоснование не должно также применяться к главам государств. Было бы действительно аномальным, если бы у государства были полномочия отменить дипломатический иммунитет, а не иммунитет главы государства"); *In re Doe*, *op. cit.*, p. 45 (вынесение заключения, что иммунитет главы государства появлялся "из соответствующих доктрин дипломатического иммунитета и иммунитета иностранного суверена" и что в связи с тем, что эти две доктрины учитывают отказ, "от соответствующей доктрины иммунитета главы государства, рассуждая логически, подобным же образом можно отказаться").

<sup>712</sup> *Arrest Warrant*, para. 61.

<sup>713</sup> См., например, Испания, *Audiencia Nacional, Auto del Juzgado Central de Instrucción No. 4*, 6 February 2008, Fourth paragraph, no. 1, pp. 151-157.

резолюции Института говорится, что "глава государства более не может пользоваться неприкосновенностью, иммунитетом от юрисдикции или иммунитетом от исполнительных мер, предоставленных международным правом, в случаях, когда от преимуществ этого отказалось его или ее государство"<sup>714</sup>. Уоттс однозначно заключает, что "в случаях, когда существует иммунитет, от него можно отказаться и дать согласие на осуществление юрисдикции"<sup>715</sup>. В деле *Grand Jury Proceedings* федеральный окружной суд удовлетворил отказ признанного правительства Филиппин от иммунитета Фердинанда Маркоса, бывшего президента, и его жены Имельды, которые были в результате признаны несущими гражданскую ответственность за неявку в суд по повестке федерального большого жюри<sup>716</sup>. Аналогичным образом в деле "Пауль против Авриля" было принято решение, что гаитянское правительство отказалось от иммунитета бывшего генерал-лейтенанта вооруженных сил Гаити и бывшего военного правителя Гаити, и этот отказ распространялся на любой "остаточный" иммунитет главы государства, которым обладал ответчик<sup>717</sup>.

248. Обоснование, лежащее в основе отказа от иммунитета, подобно обоснованию самого иммунитета, базируется на суверенном равенстве государств и принципе *par in parem non habet imperium*<sup>718</sup>. Другими словами, "аннулирование иммунитета в случае отказа не затрагивает целей содействия суверенного равенства и дипломатии, так как оно не позволяет осуществлять юрисдикцию без согласия заинтересованного государства"<sup>719</sup>. В то время как в рамках функционирования этого суверенитета считается, что государства в общем смысле вольны определять для себя, когда отказываться от иммунитета одного из своих должностных лиц, в резолюции Института предусмотрено, что "такой отказ должен осуществляться, когда глава государства подозревается в совершении особо тяжких преступлений или когда маловероятно, что меры, к принятию которых призывают органы власти страны суда, послужат препятствием для осуществления его или ее функций"<sup>720</sup>.

---

<sup>714</sup> Пункт 1 статьи 7.

<sup>715</sup> Watts, *op. cit.* (1994), p. 67.

<sup>716</sup> *In re Grand Jury Proceedings, Doe No. 700, op. cit.*, p. 602. См. также *Mr. and Mrs. Doe v. United States, op. cit.*, p. 46.

<sup>717</sup> *Paul v. Avril, op. cit.*, p. 211.

<sup>718</sup> *In re Grand Jury Proceedings, Doe No. 700, op. cit.*, p. 602 (вынесение заключения, что обоснование иммунитета "основано на необходимости международной вежливости и уважения к суверенитету других государств... [и] должно применяться только в тех случаях, когда оно служит этим целям").

<sup>719</sup> Tunks, *op. cit.*, p. 673.

<sup>720</sup> Пункт 2 статьи 7.

**а) Форма отказа**

249. Важным вопросом в отношении отказа от иммунитета государственных должностных лиц является форма, в которую может быть облежен такой отказ. Во-первых, возникает вопрос, должен ли отказ быть явно выраженным, или достаточно подразумеваемого отказа. Во-вторых, если допускается подразумеваемый отказ, то возникают дополнительные вопросы относительно того, что именно он должен в себя включать. В этом подразделе последовательно рассматриваются как явно выраженный, так и подразумеваемый отказ.

**і) Явно выраженный отказ**

250. Норма права о том, что явно выраженный отказ от иммунитета государственного должностного лица является действительным, получила сильную поддержку, и действительно, определенные трибуналы заключили, что действителен только явно выраженный отказ. Например, Федеральный суд Швейцарии вынес решение, что отказ от иммунитета главы государства должен быть явно выраженным ("renoncation expresse")<sup>721</sup>. В деле "Лафонтент против Аристида" было вынесено решение, что отказ от иммунитета главы государства "должен быть явным"<sup>722</sup>. В деле "Ахмед против правительства Королевства Саудовская Аравия" было вынесено решение, что отказ от иммунитета (иммунитета государства) должен осуществляться посредством предварительного письменного согласия и должен представлять собой явно выраженное и полное согласие подчиниться юрисдикции<sup>723</sup>. Ряд авторов комментариев также утверждали, что отказ должен быть явно выраженным<sup>724</sup>.

---

<sup>721</sup> *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police, op. cit.*, p. 536.

<sup>722</sup> *Lafontant v. Aristide, op. cit.*, p. 587.

<sup>723</sup> *Ahmed v. Government of the Kingdom of Saudi Arabia*, Decision of 6 July 1995, сводная информация содержится в базе данных по государственной практике в отношении иммунитетов государства Комитета юрисконсультов по международному публичному праву (КЮМПП) Совета Европы по адресу: [http://www.coe.int/t/e/legal\\_affairs/legal\\_co-operation/public\\_international\\_law/State\\_Immunities/](http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/public_international_law/State_Immunities/) (последнее посещение 3 марта 2008 года).

<sup>724</sup> См., например, Fox, *op. cit.* ("The Pinochet case No. 3"), p. 697 («Как лорд Гофф выразительно подтвердил в своем особом мнении, международное право требует, чтобы отказ от иммунитета государства был явно выраженным. Данный факт далее подтверждается Верховным судом Соединенных Штатов в деле "Амерада Хесс", который отклонил в качестве ошибочного постановление Окружного суда о том, что иммунитет государства в связи с нарушением дипломатического иммунитета был неявно отклонен СССР, когда он стал участником [ВКДС] 1961 года и Конвенции о лицах, пользующихся международной защитой, 1973 года... И



251. На практике можно идентифицировать ряд примеров явно выраженных отказов от иммунитета. Во-первых, в деле "Пауль против Авриля" министр юстиции Республики Гаити заявил следующее:

"Проспер Авриль, бывший генерал-лейтенант вооруженных сил Гаити и бывший президент военного правительства Республики Гаити, не пользуется абсолютно никакой формой иммунитета, будь то иммунитет суверена, главы государства, бывшего главы государства; дипломатический, консульский или свидетельский иммунитет или всевозможные другие иммунитеты, включая иммунитет от судебного разбирательства или процесса, иммунитет от приведения в исполнение судебных решений и иммунитет от появления перед судом до и после вынесения судебного решения"<sup>725</sup>.

252. Суд в этом деле отметил, что отказ был осуществлен министром юстиции Республики Гаити с проставленной на документе печатью министра юстиции и что "формулировка отказа едва ли могла быть более сильной"<sup>726</sup>. Аналогичным образом в деле *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office federal de la police* был отмечен следующий явно выраженный отказ от иммунитета Филиппинами:

"[...] Филиппинское правительство настоящим отказывается в предоставлении любого иммунитета: 1) государственного, 2) главы государства или 3) дипломатического, которыми бывший филиппинский президент Фердинанд Маркос и его супруга Имельда Маркос могли бы пользоваться или которыми они могли бы пытаться пользоваться на основе американского или международного права. Этот отказ открывает возможность для преследования Фердинанда и Имельды Маркос по вышеупомянутому делу (расследование, проводимое в южном округе штата Нью-Йорк), а также по любому уголовному преступлению или

---

при этом мы не видим, как иностранное государство может отказаться от своего иммунитета... путем подписания международного соглашения, не содержащего какого-либо упоминания об отказе от иммунитета, для удовлетворения требования судов Соединенных Штатов. Автор комментария критикует по этой причине опору некоторых лордов в деле Пиночета на теорию отказа в Конвенции против пыток без подразумеваемого условия с этой целью»; и Fenet, *op. cit.*, pp. 593-594 (где утверждается, что отказ не может быть предполагаемым и должен быть явно выраженным).

<sup>725</sup> *Paul v. Avril, op. cit.*, p. 210.

<sup>726</sup> *Ibid.*

любому другому связанному с этим делу, в которых эти лица попытались бы сослаться на свой иммунитет"<sup>727</sup>.

Суд заключил, что эта вербальная нота представляла собой явно выраженный отказ от иммунитета Филиппинами<sup>728</sup>. Наконец, в деле против Хиссена Хабре в Брюсселе Министерство юстиции Республики Чад явным образом отказалось от иммунитета в следующих выражениях:

«Высшая Национальная конференция, проходившая в Нджамене с 15 января по 7 апреля 1993 года, официально прекратила действие любого юрисдикционного иммунитета в отношении господина Иссейна Абре. Подобная постанковка вопроса была закреплена Законом № 010/PR/95 от 9 июня 1995 года, предоставившим амнистию политическим ссыльным и заключенным, а также лицам, находившимся в вооруженной оппозиции, за исключением "бывшего Президента Республики, Иссейна Абре, его сподвижников и/или сообщников". С того времени ясно, что господин Иссейн Абре не может с момента окончания Высшей Национальной конференции претендовать на использование хоть какого-нибудь иммунитета со стороны официального руководства Чада»<sup>729</sup>.

---

<sup>727</sup> *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police, op. cit.*, p. 537.

<sup>728</sup> *Ibid.* Аналогичным образом *In re Doe v. United States*, судебного процесса по гражданскому делу с участием Маркоса в федеральном суде в Соединенных Штатах, правительство Филиппин подготовило дипломатическую ноту, содержащую следующий явно выраженный отказ от иммунитета главы государства: "Правительство Филиппин настоящим отказывается от любого остаточного иммунитета суверена, главы государства или дипломатического иммунитета, которым могут пользоваться бывший президент Филиппин Фердинанд Маркос и его жена Имельда Маркос согласно международному и американскому законодательству, включая пункт 2 статьи 39 [ВКДС], но не ограничиваясь им, в силу прежних постов в правительстве Филиппин. Этот отказ распространяется только на дачу свидетельских показаний и предоставление Фердинандом и Имельдой Маркос других сведений в вышеупомянутом расследовании большого жюри и не охватывает само правительство Филиппин или любое из его настоящих или бывших должностных лиц... *In re Mr. and Mrs. Doe v. United States, op. cit.*, p. 43. Суд заключил, "что каким бы иммунитетом... ни обладали Маркосы в качестве глав государств, от него был произведен отказ правительством преемника Акуино" *Ibid*, p. 44 (предположив, без принятия решения, что г-жа Маркос в качестве бывшей первой леди Филиппин является главой государства в контексте доктрины).

<sup>729</sup> Письмо от министра юстиции Республики Чад следственному судье административного округа Брюсселя от 7 октября 2002 года, доступно по адресу [www.hrw.org/french/press/2002/tchad1205a.htm](http://www.hrw.org/french/press/2002/tchad1205a.htm). Последующее обсуждение см. в Paola Gaeta, "Ratione Materiae Immunities of Former Heads of State..." (2003) pp. 186-196; и Bruce Baker, "Twilight of Impunity for Africa's Presidential Criminals", *Third World Quarterly*, vol. 25 (2004), p. 1491.

253. Возникает вопрос, должно ли государство, для того чтобы произвести отказ, отчетливо сформулировать отказ от иммунитета государственного должностного лица, или достаточно выразить четкое намерение о таких действиях. Например, в деле *Libra Bank Ltd. v. Banco Nacional de Costa Rica*, Национальный банк Коста-Рики, являющийся институцией Коста-Рики и, таким образом, в принципе имеющий право на суверенный иммунитет согласно закону страны суда, эмитировал четыре простых векселя в пользу четырех банков истца, в каждом из которых было указано, что "заемщик настоящим безвозвратно и безоговорочно отказывается от любого права или иммунитета от процессуальных действий, в том числе от судебного разбирательства по иску и исполнительных мер на основании суверенитета, которым он или его собственность может в настоящее время или в будущем обладать"<sup>730</sup>. В гражданском иске о наложении ареста на активы банка до вынесения судебного решения четыре банка истца утверждали, что простой вексель не является явно выраженным отказом от иммунитета от наложения ареста до вынесения судебного решения, так как в нем не оговаривалось особо наложение ареста до вынесения судебного решения *haec verba*. Суд установил, что требование FSIA относительно того, что отказ от иммунитета должен быть "явно выраженным"<sup>731</sup>, означает "устранение небрежного, подразумеваемого или не выраженного прямо отказа в делах, в которых намерение иностранного государства сомнительно или неоднозначно... [и что] в соответствии с этим толкованием устава, отказ "Банко Националь" был очевидно явно выраженным"<sup>732</sup>. Согласно этому постановлению суда, следовательно, и объявление о намерении отказаться "от любого права или иммунитета" имеет исковую силу; в явно выраженном отказе не требуется точно перечислять все возможные типы иммунитета для отказа от них<sup>733</sup>. Это постановление в дальнейшем уточняется другим делом в той же

---

<sup>730</sup> Court of Appeals for the Second Circuit, *Libra Bank Ltd. v. Banco Nacional de Costa Rica, S.A.*, 676 F.2d 47, Judgment of 12 April 1982, p. 49.

<sup>731</sup> 28 U.S.C. § 1610(d)(1) ("собственность иностранного государства, по определению, данному в разделе 1603 а) этой главы, используемая для коммерческой деятельности в Соединенных Штатах, не обладает иммунитетом от наложения ареста на имущество до вступления в силу судебного решения по любому иску, поданному в суд Соединенных Штатов или государства... если иностранное государство явно выраженным образом отказалось от своего иммунитета от наложения ареста на имущество до вынесения судебного решения...").

<sup>732</sup> *Libra Bank Ltd. v. Banco Nacional de Costa Rica, S.A.*, p. 49.

<sup>733</sup> Напротив, окружной суд по делу и ответчик при апелляции подняли ряд дел, относящихся к Договору о дружбе между Соединенными Штатами и Ираном, который отменял иммунитет "от налогообложения, исков, приведения в исполнение судебного решения или другой ответственности", *Libra Bank Ltd. v. Banco Nacional de Costa Rica, S.A.*, p. 50 (цитата из Договора о дружбе от 15 августа 1955 года между Соединенными Штатами и

юрисдикции, по которому вынесено решение, что утверждение в торговом договоре, запрещающее сторонам, собственником которых является государство, "требовать иммунитета или обладать иммунитетом от иска или приведения в исполнение судебного решения или другого обязательства", не было отказом от иммунитета от наложения ареста на имущество до вынесения судебного решения, так как "отнюдь не очевидно, что наложение ареста на имущество до вынесения судебного решения является обязательством"<sup>734</sup>. Таким образом, отказ, выраженный широкой формулировкой ("любое право или иммунитет") был достаточен для проявления намерения отказаться от форм обязательств, которые в нем не были определенно указаны, но отказ, в котором не имеется такой широкой формулировки и содержащий только определенное указание, был недостаточен для отказа от обязательств, которые не были четко сформулированы. Неясно, однако, в какой степени эти тенденции относятся к уголовному преследованию.

254. Наконец, возникает вопрос, может ли быть произведен явно выраженный отказ от какого-либо иммунитета, который может существовать в отношении усилий по принуждению государственного должностного лица к даче свидетельских показаний в

---

Ираном, article XI, para. 4, U.S.T. vol. 8, p. 899, at p. 909, T.I.A.S. No. 3853), утверждая, что эти предыдущие дела не рассматривали эту формулировку "другой ответственности" как явно выраженный отказ от иммунитета от наложения ареста до вынесения судебного решения (ссылка на District Court for the Central District of California, *Security Pacific National Bank v. Iran*, 513 F.Supp. 864, 1981, pp. 879-80; District Court for the Southern District of New York, *New England Merchants National Bank v. Iran Power Generation & Transmission Co.*, 502 F.Supp. 120, 1980, pp. 126-27, remanded, 646 F.2d 779 (2d Cir. 1981); District Court for the Northern District of Texas, *E-Systems, Inc. v. Islamic Republic of Iran*, 491 F.Supp. 1294, 1980, pp. 1301-02; District Court for the Southern District of New York, *Reading & Bates Corp. v. National Iranian Oil Co.*, 478 F.Supp. 724, 1979, p. 728; District Court for the District of New Jersey, *Behring International, Inc. v. Imperial Iranian Air Force*, 475 F.Supp. 383, 1979, pp. 392-93. Сравните с District Court of the Southern District of New York, *Reading & Bates Drilling Co. v. National Iranian Oil Co.*, Bench Ruling of 29 November 1979; District Court of the Southern District of New York, *Electronic Data Systems Corp. v. Social Security Organization of the Government of Iran*, Bench Ruling of 23 May 1979, remanded, 610 F.2d 94 (2d Cir. 1979)). Суд по делу *Libra Bank* вынес решение, что в тех случаях, когда "[ можно сказать, что эти дела могут означать, что отказ иностранным государством от всех иммунитетов не является явно выраженным отказом от иммунитета от наложения ареста на имущество до вынесения судебного решения, мы не согласились бы и отметили, что они не являются доминантными на этом Суде". *Ibid.*

<sup>734</sup> Court of Appeals for the Second Circuit, *S & S Machinery Co. v. Masinexportimport*, 706 F.2d 411, Judgment of 26 April 1983, p. 417 (followed in United States, Court of Appeals for the Second Circuit, *O'Connell Machinery Company, Inc. v. M.V. "Americana" and Italia Di Navigazione, S.p.A.*, 734 F.2d 115, Judgment of 4 May 1984, pp. 115-118; District Court for the Southern District of New York, *ICC Chemical Corporation v. The Industrial and Commercial Bank of China*, 886 F.Supp. 1, Judgment of 9 May 1995, pp. 1-2).

ходе судебных разбирательств<sup>735</sup>, как определенный отказ от иммунитета от дачи свидетельских показаний, так и общий отказ. По этому вопросу в дипломатическом праве имеется определенная практика. В деле "Государственный прокурор против Орхана Ормеца" Верховный суд Малайзии постановил, что дипломатическая нота по вопросу о том, что первый секретарь посольства Турции был уполномочен давать свидетельские показания "исключительно для установления подлинности правовых документов", не являлась отказом от иммунитета, так как в дипломатическом праве не существует каких-либо обязательств относительно дачи свидетельских показаний. Суд базировал свое постановление на факте, обсужденном выше, о том, что пункт 2 статьи 31 ВКДС является материально-правовым освобождением от обязательства давать свидетельские показания, а не процессуальным отказом от существующего материально-правового обязательства<sup>736</sup>.

## ii) Подразумеваемый отказ

255. Наиболее противоречивым аспектом отказа от иммунитета должностных лиц государства является обоснованность подразумеваемого отказа от такого иммунитета, и если законность его установлена, то вопрос заключается в том, в какой форме такой отказ может произойти. Обеспокоенность по поводу подразумеваемого отказа основывается на том факте, что, будучи совместимым с государственным суверенитетом и принципом *pari in parem non habet imperium*, на котором основывается сам иммунитет, любой отказ должен точно интерпретировать намерение государства, прибегающего к такому отказу. В этой связи Уоттс сделал заключение, что "в любом случае, затрагивающем иммунитет главы государства, никакой суд не может с легкостью предположить отказ и, очевидно, явно выраженный отказ крайне желателен"<sup>737</sup>. Тем не менее могут возникать случаи, в которых ясное намерение отказа от иммунитета различимо со слов или действий государства, без существования явно выраженного отказа. В данной связи в Институте было заявлено, что "отказ может быть явным или подразумеваемым, при условии что он определен"<sup>738</sup>. Аналогично, Верховен, докладчик на данную тему в Институте, заявил, что "[...] в целях предупреждения злоупотреблений при принятии неоднозначных решений, уточняется, что

---

<sup>735</sup> См. выше, раздел "Действия, которые не могут изменяться в силу иммунитета".

<sup>736</sup> *Public Prosecutor v. Orhan Ormez*, 1987, приводится в *ILR*, vol. 87, p. 212 (обсуждается в *Denza, op. cit.*, p. 261). Это соответствует позиции, занятой Комиссией, что обсуждается выше, сноска 692 и сопроводительный текст.

<sup>737</sup> *Watts, op. cit.* (1994), p. 68.

<sup>738</sup> Пункт 1 статьи 7.

лишение иммунитета должно в принципе быть ясным и определенным и что, если оно таковым не является, то проявление воли правомочной власти не должно давать тем не менее никакого повода к сомнению"<sup>739</sup>. Необходимо отметить, что данный подход отличается от подхода, принятого в отношении дипломатического иммунитета, как следует из пункта 2 статьи 32 Венской конвенции о дипломатических сношениях (ВКДС). В нем утверждается, что "отказ всегда должен быть определенно выраженным"<sup>740</sup>.

256. Для того чтобы наилучшим образом определить, в какой степени действие подразумеваемого отказа приемлемо в рамках современного международного права, необходимо выделить два различных явления. В отношении обоих подразумеваемый отказ рассматривался рядом судов и комментаторов, однако кажется, что один из них имеет более существенную поддержку, чем другой. Во-первых, имеется существенная поддержка формы подразумеваемого отказа, согласно которому данный отказ предполагается посредством возбуждения судопроизводства органом власти, в компетенции которого находится отказ от иммунитета<sup>741</sup>. Например, в деле "Ласиди, С.А. против Финансиера Авенида, С.А.", гражданском деле о диффамации, суд штата Нью-Йорк, предполагающий участие Его Высочества шейха Саида Бен Султана аль Нахайана, абсолютного правителя Абу Даби, постановил, что "добровольное действие встречных исков привело к отказу от любого свидетельского иммунитета, который шейх иначе мог бы иметь"<sup>742</sup>. В контексте дипломатического иммунитета, несмотря на утверждение ВКДС о том, что "отказ всегда должен быть определенно выраженным"<sup>743</sup>, далее утверждается, что "иницирование судопроизводства дипломатическим агентом или лицом, пользующимся иммунитетом от юрисдикции в рамках [данной Конвенции], не позволяет ему применять иммунитет в отношении любого встречного иска, связанного с основным иском"<sup>744</sup>. Так, Венская конвенция рассматривает либо инициирование судопроизводства как составляющую форму явно выраженного отказа, либо принимает данную ограниченную форму подразумеваемого отказа<sup>745</sup>. Фактически Уоттс отмечает, что в Конвенции 1969 года о

---

<sup>739</sup> *Institut, Yearbook*, vol. 69, p. 593, para. 8.

<sup>740</sup> Пункт 2 статьи 32.

<sup>741</sup> Вопрос о том, в компетенции какого органа власти находится отказ от иммунитета, обсуждается в следующем подразделе.

<sup>742</sup> *Lasidi, S.A. v. Financiera Avenida, S.A.*, 538 N.E.2d 332, Judgment of March 28, 1989, p. 950.

<sup>743</sup> Пункт 2 статьи 32.

<sup>744</sup> Пункт 3 статьи 32.

<sup>745</sup> Необходимо отметить, что проект статьи Комиссии по данному вопросу допускал как явно выраженный, так и подразумеваемый отказ в контексте гражданских (но не уголовных) судебных слушаний. Данное положение

специальных миссиях утверждается то же самое, так же как и в статье 7 Статей по ответственности государств. Делается вывод о том, что "единственное исключение, являющееся общим для всех трех текстов, относится к случаю, когда глава государства сам инициирует судопроизводство. Это не только свидетельствует о принятии юрисдикции государства, где происходит суд, но также не допускает утверждение неприкосновенности в отношении непосредственно касающегося дела встречного иска"<sup>746</sup>. В этой связи Верховен комментирует в своем отчете Институту, что при условии ясности намерения государства отозвать неприкосновенность настоящих или бывших должностных лиц необязательно, чтобы оно было выражено в письменном виде. Напротив, это может предполагаться в решении компетентных властей о преследовании бывшего главы государства за границей в целях возмещения стоимости имущества, в незаконном присвоении которого он подозревается<sup>747</sup>.

257. Во-вторых, еще более противоречивая форма подразумеваемого отказа возникает в случаях, когда иммунитет устанавливается принятием государством инструмента или соглашения, по которому обязательно предполагается, что его нынешние или бывшие должностные лица будут участниками судопроизводства в другой юрисдикции<sup>748</sup>.

---

было в конечном итоге изменено, с тем чтобы требовать явно выраженного отказа, как в гражданских, так и уголовных слушаниях. Это объясняется тем, что Комиссией, в том числе на Венской конференции, утверждалось, что было бы нелогичным разрешить подразумеваемый отказ, когда иммунитет принадлежал направляющему государству, а не отдельному члену дипломатической миссии. См. комментарий к ВКДС, Denza, *op. cit.*, p. 278.

<sup>746</sup> Watts, *op. cit.* (1994), p. 68.

<sup>747</sup> Institut, *Yearbook*, Rapport provisoire, Verhoeven (Rapporteur), p. 550 ("Если проявление воли по лишению иммунитета должно быть четким, но оно необязательно должно быть сформулировано в письменном виде; оно, например, непременно связано с решением правомочных властей о преследовании за границей (бывшего) главы государства, чтобы возместить имущественные ценности и другие активы, в незаконном присвоении которых он подозревается"). Аналогично, Уоттс и Дженнингс (Watts and Jennings, *op. cit.*) в контексте государственного иммунитета утверждают следующее: "Государство может... считаться отказавшимся от своего иммунитета предположительно, учредив судопроизводство или участвуя в нем, или предпринимая в данном судопроизводстве любые действия, относящиеся к существу дела". При этом отмечается, что "государство не считается отказавшимся от своего иммунитета, если оно фигурирует в деле против него в целях утверждения своего иммунитета или утверждения заинтересованности в имуществе, являющемся предметом судебных слушаний, стороной которых оно не является и в которых, в случае выдвижения против него обвинений, оно обладало бы иммунитетом" (pp. 354-355).

<sup>748</sup> Аналогичное различие общепринятой и противоречивой форм подразумеваемого иммунитета отмечалось комментаторами в контексте закона Соединенных Штатов о государственном иммунитете в рамках FSIA. Со ссылкой на подпункт 1 пункта а) раздела 1605 этого Закона, согласно которому иностранное государство не

Например, в деле Пиночета (№ 3) вопрос об отказе от иммунитета рассматривался в связи с ратификацией Чили Конвенции против пыток, и отказ был адресован определенному уровню рассмотрения, то есть всем семерым лордам<sup>749</sup>. В то время как один лорд счел это случаем явно выраженного отказа, другие шесть лордов не сочли это даже случаем подразумеваемого отказа. В то же время пять из семи лордов заключили, что отказ означал согласие на отнесение своего бывшего главы государства к определенной юрисдикции<sup>750</sup>. Таким образом, возникает вопрос, какая из разновидностей предполагаемого отказа имела в виду<sup>751</sup>. Лорд Хоуп Крэгхед отметил, что подпункт 1 пункта а) "раздела 1605 Закона Соединенных Штатов об иммунитете иностранных суверенов соотносился с подразумеваемым отказом, однако данный раздел был узко сформулирован"<sup>752</sup>. В действительности, в деле "Республика Аргентина против Эмерада Хесс Шиппинг Корпорейшн" Верховный суд Соединенных Штатов интерпретировал данное положение о подразумеваемом отказе. Суд постановил, что "иностранное государство не может

---

имеет право на иммунитет в любом случае, если оно отказалось от своего иммунитета "либо явно, либо предположительно", Кахале и Вега изучают посекционный анализ законодательной истории положения. Согласно данному положению "с учетом подразумеваемых отказов судам были найдены такие отказы в случаях, в которых иностранное государство соглашалось на арбитраж в другой стране или когда иностранное государство соглашалось, что контракт должен находиться в ведении законодательства определенной страны. Подразумеваемый отказ также включает в себя ситуацию, когда иностранное государство подало встречный иск, не поднимая вопроса о защите иммунитета суверена" (Kahale and Vega, *op. cit.*, pp. 232-233, citing H.R. Rep. No. 1487, 94<sup>th</sup> Cong., 2d. Sess., p. 18). Авторы считают, что, "по всей вероятности, посекционный анализ преувеличивает возможности существующего законодательства по подразумеваемым отказам. В то время как принцип отказа ясно основан на общем восприятии, предложение о том, что пункт выбора правовой нормы или арбитража отменил иммунитет до Закона об иммунитете, вряд ли может считаться действительным". *Ibid.*, p. 233.

<sup>749</sup> См. дискуссию в O'Neil, *op. cit.*, pp. 314-316.

<sup>750</sup> Как обсуждается ниже, это лорд Севиль Ньюдигейт, лорд Миллет, лорд Филип Ворт-Матраверс, лорд Браун-Уилкинсон и лорд Хаттон.

<sup>751</sup> Аналогичный подход применяется по крайней мере в одном деле. Обсуждая "Фон Дардел против СССР", гражданское дело, адресованное федеральному окружному суду в округе Колумбия, Койву отмечает следующее. Суд постановил, что "среди юристов стал общепринятым подразумеваемый отказ суверена от своего иммунитета в отношении нарушений прав человека посредством ратификации соглашения по правам человека. Таким образом, ратификация конвенции по правам человека может рассматриваться как отказ от иммунитета в отношении нарушений прав человека, которые иностранное государство преследует в уголовном порядке" (Koyvu, *op. cit.*, p. 318).

<sup>752</sup> *Pinochet (No. 3)*, p. 623 (упоминаются дела *Siderman de Blake v. Republic of Argentina* (1992) 965 F.2d 699, p. 720; *Princz v. Federal Republic of Germany* (1994) 26 F.3d 1166, p. 1174; *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corporation* (1989) 109 S.Ct 683, p. 693).



отказаться от своего иммунитета... подписав международное соглашение, в котором не содержится упоминания об отказе от иммунитета, для того чтобы подавать иски в судах Соединенных Штатов, или даже в целях установления обусловленности данных исков в Соединенных Штатах"<sup>753</sup>. В аналогичном ключе комментаторы заключили, что "там, где государство согласилось по контракту рассмотреть разногласия, возникающие в связи с контрактом, в арбитраже, суды обычно отвергают требование государства о предоставлении иммунитета, будь то арбитражное разбирательство либо судебная процедура по осуществлению арбитражного решения против него"<sup>754</sup>. Так, наблюдается нежелание по принятию формы подразумеваемого иммунитета на основе принятия соглашения, следствием которого является только то, что отказ от иммунитета осуществлен, поскольку такой иммунитет был бы определенно несовместим с духом соглашения, причем данное положение, как таковое, не содержится в самом соглашении"<sup>755</sup>.

258. В свете общей нежелательности принятия подразумеваемого отказа на основе принятия соглашения, результат в деле Пиночета (№ 3) – во многом основывающийся на ратификации Чили Конвенции против пыток – кажется весьма необычным. В то время как 6 из 7 лордов не согласились с тем, что дело включало в себя отказ от иммунитета, что совместимо с их общим нежеланием это признать, требуется дальнейший анализ того, чтобы понять, как они смогли проигнорировать характеристику этого случая как случая подразумеваемого отказа. Поскольку понимание их аргументации поможет прояснить,

---

<sup>753</sup> Supreme Court, *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corporation*, 488 U.S. 428, Judgment of 23 January 1989, pp. 442-443.

<sup>754</sup> Jennings and Watts, *op. cit.*, p. 352.

<sup>755</sup> Рядом ученых было исследовано, является ли подписание Римского статута Международного уголовного суда отказом от иммунитета в национальных судах. Сравните: Koller, *op. cit.*, pp. 40-41 ("Статут МУС не предполагает отказ от неприкосновенности в местных судах. Тем не менее по крайней мере один ученый утверждает, что Статут МУС лишает неприкосновенности как в МУС, так и в национальных судах. Более того, в статье 9 законопроекта ДРК по исполнению Статута Международного уголовного суда, относящейся к местным процессам, говорится, что "иммунитет или правила специальных процедур, относящиеся к лицам, действующим в официальном качестве, посредством внутреннего или международного законодательства, не препятствует осуществлению судьей его/ее компетенции по отношению к рассматриваемому лицу"), с Klingberg, *op. cit.*, pp. 549-550 ("статья 27 Римского статута позволяет МУС игнорировать иммунитет, которым иначе обладают граждане стран – участниц договора; в связи с этим положение составляет отказ от такого иммунитета. Учет данного положения также лишает граждан третьих стран их неприкосновенности, однако это привело бы статью 27 в конфликт с принципом *rastra tertiis non nocent*, закрепленным в статье 34 Венской конвенции о праве международных договоров (ВКПМД) и формирует часть обычного международного права... То же справедливо в отношении статьи 6 пункта 2 Специального судебного статута").

существует ли данная форма подразумеваемого отказа, далее приводится более подробный анализ. Что касается возможности явно выраженного отказа, только двое судей рассмотрели данную возможность. С одной стороны, лорд Севилль Ньюдигейт утверждал, что ратификация Конвенции против пыток составляла явно выраженный отказ:

"В связи с тем, что затронуты страны, являющиеся участниками Конвенции, мне сложно различить, как, в связи с тем, что речь идет о пытках, данный иммунитет может быть совместим с условиями данной Конвенции. Каждое государство-участник Конвенции согласилось, что другие государства-участники могут распространять свою юрисдикцию на официальных лиц, обвиняемых в применении пыток на их территории, посредством их экстрадиции или передачи их собственным соответствующим властям для судебного преследования. Это, с моей точки зрения, вряд ли может одновременно привести к требованию о предоставлении иммунитета от экстрадиции или судебного преследования, что обязательно основано на официальном характере подозрения в пытках... Считается, что любой отказ государств от иммунитета должен быть явно выраженным или по крайней мере непротиворечивым. Я не стану выражать несогласие с тем, что это общее положение, однако мне кажется, что явные и непротиворечивые условия Конвенции против пыток исполняют любое такое требование"<sup>756</sup>.

259. Напротив, единственному судье, выразившему несогласие, лорду Гоффу Чивли, не удалось найти явно выраженного отказа от иммунитета главы государства в Конвенции против пыток или даже в любой дискуссии в связи с этим, являющейся *travaux préparatoires*. Отвергнув концепцию подразумеваемого отказа от иммунитета главы государства<sup>757</sup>, он заключил, что Пиночет, соответственно, имел иммунитет *ratione materiae*<sup>758</sup>.

260. Остальные лорды в целом сочли, что ратификация Чили Конвенции против пыток не является ни явно выраженным, ни подразумеваемым отказом. Один из судей, лорд Хоуп Крэгхед, заключил, что отказ не рассматривался как таковой, поскольку являлся разработкой обычного запрета пыток как международного преступления. Скорее, заключил судья, ратификация Чили Конвенции против пыток была несовместима с иммунитетом главы государства. Начав с предположения о том, что пункт 2 статьи 32

---

<sup>756</sup> *Pinochet* (No. 3), pp. 642-643.

<sup>757</sup> *Ibid.*, pp. 602-604.

<sup>758</sup> *Ibid.*, pp. 604-609.

ВКДС, являющейся частью британского законодательства и применяемой в отношении иммунитета глав государства, предписывает, что любой отказ от неприкосновенности "всегда должен быть определенно выраженным"<sup>759</sup>, он заключил:

"Я бы не считал это случаем отказа. Также я бы не принял это как предполагаемое условие Конвенции против пыток, по которому бывшие главы государства лишались иммунитета против *ratione materiae* в отношении всех актов пыток, применяемых должностными лицами, как определено в статье 1. Скорее всего, обязательства, признанные международным обычным правом в случае столь серьезных международных преступлений на то время, когда Чили ратифицировала Конвенцию, являются такими определенными, что могут проигнорировать любое соответствующее возражение на основе иммунитета *ratione materiae* в отношении юрисдикции по преступлениям, совершенным после даты, которую Соединенное Королевство сделало доступной"<sup>760</sup>.

261. Остальные судьи приняли подход, согласно которому ратификация Чили Конвенции против пыток не приводит к лишению иммунитета главы государства, однако скорее, чем процессуальный отказ, это создает существенный конфликт между нормами запрета пыток и иммунитетом главы государства. Некоторые из судей заняли точку зрения, что, по определению, пытки входят в служебные функции главы государства, и использовали данное мнение, чтобы аргументировать, что отказ не рассматривался в

---

<sup>759</sup> *Ibid.*, p. 623.

<sup>760</sup> *Ibid.*, p. 626. В других доказательных аргументах, однако, лорд Хоуп Крэгхед не полагается определенно на развитие режима Конвенции. См., например, *ibid.*, p. 626 ("По моему мнению, поскольку механизм, который она обеспечивает, был установлен с тем, чтобы допускать юрисдикцию над такими преступлениями в судах иностранного государства, он перестал быть доступным любому государству, подписавшему Конвенцию в целях утверждения иммунитета *ratione materiae* на случай обвинений в систематических и распространенных пытках, совершенных после даты, утвержденной в судах того государства в отношении его должностных лиц или любого другого лица, действующего в официальном качестве"). Более того, лорд Хоуп "считает, что датой, начиная с которой иммунитет *ratione materiae* считается утраченным, являлось 30 октября 1988 года, дата, когда ратификация Чили Конвенции против пыток, состоявшаяся 30 сентября 1988 года, стала действительной". (*Ibid.*) Однако лорд Хоуп в конечном счете допускает, что ратификация Чили Конвенции против пыток не относится, по его мнению, напрямую к вопросу об иммунитете, но, скорее всего, стала точкой, в которой Чили "была лишена права возражать против экстратерриториальной юрисдикции, которую Соединенное Королевство было способно установить по данным обвинениям, когда раздел вступил в силу". (*Ibid.*)

данном деле как таковой<sup>761</sup>. Напротив, другие судьи придерживались того мнения, что пытки не могут входить в функции главы государства, и использовали данное мнение, чтобы приводить доводы, что отказ не рассматривался как таковой<sup>762</sup>.

---

<sup>761</sup> Например, лорд Миллет заключил, что согласно статье 1 Конвенции пытки "могут быть совершены *только* при подстрекательстве или с молчаливого согласия государственного должностного лица или другого лица, действующего в официальном качестве". Поэтому для Соединенного Королевства "не существует иммунитета, от которого надлежит отказаться, поскольку преступление таково, что совершается только в обстоятельствах, которые обычно дают право на иммунитет". *Pinochet* (No 3), p. 651. Таким образом, он привел довод, что "международным сообществом было установлено преступление, согласно которому иммунитет *ratione materiae* не может быть возможно доступным", поскольку "не предполагается, что международное право устанавливает преступление, имеющее свойства общего международного права и в то же время предоставляет иммунитет, сопоставимый с обязательством, которое оно стремится наложить". (*Ibid.*) Лорд Филипс Ворт-Матраверс высказал аналогичное мнение. *Ibid.*, p. 661 ("Единственное действие, охватываемое Конвенцией, может быть совершено в связи с иммунитетом *ratione materiae*, если бы такой иммунитет применялся". Следовательно, Конвенция совместима с применимостью иммунитета *ratione materiae*. Существует только две возможности. Одна из них состоит в том, что государства – участники Конвенции продолжали утверждать, что никакой иммунитет не мог существовать *ratione materiae* в отношении пыток, преступления, противопоставленного международному праву. В противном случае государства – участники Конвенции явно согласились с тем, что иммунитет *ratione materiae* не должен применяться в случае пыток. Полагаю, что правильной является первая из альтернатив. Однако обе они должны лишиться силы утверждение Чили").

<sup>762</sup> Следуя данной логике, а не создавая процессуальный отказ, ратификация Конвенции против пыток определенно криминализирует пытки, что делает невозможным их применение должностными лицами, которые обладают иммунитетом *ratione materiae*. Например, лорд Браун-Уилкинсон заключил, что, "если, как утверждает обвинение, сенатор Пиночет организовывал и уполномочивал пытки после 8 декабря 1988 года, он не действовал в любом качестве, дающем право на иммунитет *ratione materiae*, поскольку такие действия противоречат международному праву, [и] Чили согласилась объявить вне закона такое поведение". *Ibid.*, p. 595. См. также *ibid.*, p. 594 ("Как можно для целей международного права, находясь в официальном качестве, совершать что-либо, что международное право само по себе запрещает и криминализирует?"). Лорд Хаттон высказал аналогичное мнение. Он заключил, что в то время как Пиночет не имел право на иммунитет, "в отношении его функций как главы государства, не было отказа от иммунитета как бывшего главы государства". Но, скорее всего, "совершение актов насилия не является функцией главы государства, и, таким образом, в данном случае иммунитет, который сенатор Пиночет имеет как бывший глава государства, не возникает в отношении и не касается актов пыток". *Pinochet* (No. 3), p. 639 ("Я полагаю в этой связи, что вывод о том, что после 29 сентября 1988 года совершение актов пыток не было, по международным законам, функцией главы Чили, не включает в себя представление о том, что Чили следует воспринимать как предположительно отказавшуюся от иммунитета бывшего главы государства. По моему мнению, отказа от иммунитета бывшего главы государства в отношении его функций как главы государства не произошло. Мой вывод состоит в том, что сенатор Пиночет не имеет права на иммунитет, если исходить из представления о том, что совершение актов пыток не является функцией главы государства и, таким образом, в данном случае иммунитет, на который имеет право сенатор Пиночет как бывший глава государства, не возникает в отношении и не относится к актам пыток").

262. В целом, большинство судей в деле *Pinochet* (No. 3) проследили весьма тонкое расхождение между процессуальным отказом (который, как они сочли, не рассматривался как таковой) и существенным конфликтом между нормами запрета пыток и иммунитетом главы государства (который, как они утверждали, рассматривался как таковой). Некоторые из комментаторов критиковали данное расхождение. Например, О'Нейл утверждает, что "несмотря на то, что некоторые из судей явно заявили, что это не было случаем отказа от иммунитета, анализ подводит их... Если государство более не имеет того или иного права вследствие решения о подписании договора, кажется очевидным, что государство отказалось от данного права"<sup>763</sup>. О'Нейл заключает, что причиной, по которой «большинство судей не желало заявить, что это в действительности было случаем отказа... является боязнь того, что любое упразднение обычного правила явного отказа от иммунитета создало бы потенциальную возможность для "...международного хаоса. Суды различных государств – участников договора могут придти к различным выводам по вопросу о том, должен ли был отказ от иммунитета считаться предполагаемым отказом"»<sup>764</sup>. Аналогично, Маклаклан утверждает, что «существенное достоинство данного подхода как предмета, признанного на международном уровне, состоит в том, что он основывается или считается основанным на государственном согласии. Проблема в том, что такое согласие по сути фиктивно. Как надлежащим образом указал лорд Гофф в своем особом мнении, "насколько было бы необычайно, и, в действительности, какой бы ловушкой это стало для неосмотрительных, если отказ от иммунитета государства мог бы происходить в договоре *sub silentio*"»<sup>765</sup>. Оба, Маклаклан и О'Нейл, заключают, однако, что Международный Суд "решительно отверг" данный подход к существенному отказу большинства лордов в деле Пиночета, когда в деле об ордере на арест он пришел к заключению, что:

"Несмотря на то что различные международные конвенции по предотвращению определенных серьезных преступлений и наказанию за них налагают на государства обязательства судебного преследования или экстрадиции, этим требуя от них расширения их уголовной юрисдикции, подобное расширение юрисдикции никоим образом не влияет на иммунитет в рамках международного обычного права, включая министров иностранных дел. Они остаются противопоставленными судам

---

<sup>763</sup> O'Neil, *op. cit.*, pp. 314-315.

<sup>764</sup> *Ibid.*, p. 316 (ссылка на *Pinochet* № 3, особое мнение лорда Гоффа Чивли, p. 604).

<sup>765</sup> McLachlan (2002), *op. cit.*, p. 961 (ссылка на *Pinochet* (№ 3), мнение лорда Гоффа Чивли, p. 608).

иностранным государством, даже когда данные суды осуществляют такую юрисдикцию в рамках таких конвенций"<sup>766</sup>.

Данный вердикт Международного Суда в действительности кажется напрямую противопоставленным мнению, которого придерживается большинство в палате лордов в деле Пиночета (№ 3).

263. Итак, в то время как отказ государств от иммунитета настоящих или бывших должностных лиц посредством явно выраженного отказа является практически универсально принятым, понятие подразумеваемого отказа более противоречиво. Ситуация осложняется тем фактом, что комментаторами и судами различались два явления, характеризуемых как подразумеваемые отказы. С одной стороны, имеется относительно сильная поддержка, в особенности в гражданских делах, для подразумеваемого отказа от осуществления юрисдикции, создаваемой в отдельном случае посредством инициирования судопроизводства органом власти, в компетенции которого находится лишение иммунитета. С другой стороны, куда более противоречивая форма подразумеваемого отказа возникает там, где иммунитет основывается на принятии государством инструмента или соглашения, обязательным подтекстом которого является то, что настоящие или бывшие должностные лица могут быть подвергнуты уголовному преследованию в другой юрисдикции. В то время как вывод палаты лордов в деле Пиночета (№ 3) кажется, различает в настоящем документе отказ, все лорды явно отрицали действие любого подразумеваемого отказа<sup>767</sup>. Вслед за этим Международный Суд пришел к выводу, что ратификация международных конвенций по предотвращению серьезных преступлений и наказанию за них никоим образом не влияет на неприкосновенность в рамках международного обычного права.

#### **b) Орган власти, в компетенции которого находится отказ от иммунитета**

264. Что касается органа власти, в компетенции которого находится лишение иммунитета государственного должностного лица, общепринято, что такой иммунитет может быть отменен только действующим правительством иностранного должностного лица<sup>768</sup>. В этом отношении Верховен утверждал в отчете *Институту*, что:

---

<sup>766</sup> *Arrest Warrant*, para. 59.

<sup>767</sup> Один из лордов заключил, что это было случаем явно выраженного отказа, а остальные шесть пришли к выводу о том, что никакой отказ не действовал вообще. См. *выше*, сноска 750 и сопровождающий текст.

<sup>768</sup> *Arrest Warrant*, para. 61.

"Главе иностранного государства не следует лично отказываться от иммунитетов, которые ему гарантируются в соответствии с международным правом ввиду того, что они защищают функции, которые он выполняет исключительно в интересах государства, во главе которого он стоит. Обязанность по лишению или прекращению действия этих иммунитетов возлагается на компетентные органы государственной власти, если они признают это уместным"<sup>769</sup>.

265. Что касается обоснования, лежащего в основе такого положения, Танкс отмечает, что в международном праве считается, "что иммунитет главы государства является привилегией, предоставляемой иностранному государству с тем, чтобы способствовать международному уважению, дипломатии и учтивости, а не властью, принадлежащей отдельно взятому лидеру"<sup>770</sup>. Отсюда следует, что это должно быть свойственно самому государству, а не главе государства или государственному должностному лицу, которое наделено правом лишать данной привилегии.

266. Тот принцип, что лишение иммунитета государственных должностных лиц может быть только осуществлено действующим правительством данного лица, дополнительно усложняется, когда оспариваются действия официального правительства. Например, в деле "Лафонтен против Аристиды", спустя два дня после совершения убийства, которое предположительно было заказано Аристидом и которое составляет основу дела, Аристид был отстранен от власти в ходе военного мятежа и нашел убежище в Соединенных Штатах<sup>771</sup>. Жозеф Неретт согласно конституционному закону Гаити стал временным президентом Гаити, и в соответствии с законами Гаити был выписан ордер на арест Аристиды<sup>772</sup>. Согласно предположениям, Аристид подписал письмо, в котором он отказывался от своего титула президента Гаити<sup>773</sup>. Тем не менее исполнительная власть Соединенных Штатов продолжила считать Аристиду законной главой государства<sup>774</sup>. Истец заявил, что правительство Неретта предположительно отказало в иммунитете Аристиду, будучи не в состоянии признать соглашение, которое он подписал и которое позволяло ему вернуться на Гаити<sup>775</sup>. Суд отказался признать данный аргумент об отказе,

---

<sup>769</sup> *Institut*, Rapport provisoire, Верховен (Rapporteur), p. 550.

<sup>770</sup> Tunks, *op. cit.*, pp. 672-673.

<sup>771</sup> District Court of Eastern District of New York, *Lafontant v. Aristide*, 844 F. Supp. 128, Judgment of 27 January 1994, p. 130, приводится в *ILR*, vol. 103, p. 583.

<sup>772</sup> *Ibid.*, p. 584.

<sup>773</sup> *Ibid.*

<sup>774</sup> *Ibid.*, p. 583-584.

<sup>775</sup> *Ibid.*, p. 584, 587.

сочтя, что, хотя в большинстве случаев "правительство иностранного государства, признаваемого исполнительной властью, может лишить иммунитета своего главу государства"<sup>776</sup>, в данном конкретном случае, "поскольку Соединенные Штаты не признают правительство де-факто, данное правительство не имеет полномочий по лишению президента Аристидаса иммунитета"<sup>777</sup>.

267. Наконец, необходимо установить, в компетенции какого конкретно органа или ведомств признанного действующего правительства страны, подданным которой является государственное должностное лицо, находится лишение иммунитета данного должностного лица. В резолюции Института утверждается, что "закон, действующий внутри рассматриваемого государства, определяет, в компетенции какого органа находится осуществление такого отказа"<sup>778</sup>. Федеральный трибунал Швейцарии в деле *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office federal de la police* не разобрался в деталях того, какой министр или какое министерство приняло решение об отказе, а пришел к общему умозаключению, что декларация исходила от управляющих органов Филиппин, которые он мог считать квалифицированным представителем данного государства<sup>779</sup>. В деле "Пауль против Авриля" лишение иммунитета бывшего военного руководителя Гаити было осуществлено

---

<sup>776</sup> *Ibid.*, p. 586.

<sup>777</sup> *Ibid.*, p. 587. Хотя этот подход, учитывающий законодательство государства суда при определении, какому правительству надлежит отказаться от иммунитета, вызывает беспокойство относительно суверенитета (поскольку, как показывает этот случай, это может противоречить конституционному процессу государства, подданным которого является государственное должностное лицо), он имеет логическую привлекательность, если принять во внимание, что принцип, лежащий в основе иммунитета, – обеспечение хороших дипломатических отношений между правительствами, поскольку это касается правительства, дипломатические отношения с которым государство суда намерено иметь.

<sup>778</sup> Резолюция Института 2001 года, пункт 1 статьи 7. В этом отношении Кахале и Вега отмечают (в контексте государственного иммунитета): "Проблема обычно возникает в случаях, где конституция или законы иностранного государства запрещают любым иностранным правительствам любой отказ от предоставления суверенного иммунитета. Там, где структура иностранного права ясна и сохраняется ко времени предъявляемого отказа, можно аргументировать, что отказ был представлен с превышением полномочий и был недействительным, в частности, если частная сторона была осведомлена об иностранном праве, запрещающем отказ. Правила обычного выбора правовой нормы по вопросу полномочий остаются потенциальным фактором данного анализа. Благоразумие предписывает, что частная сторона, полагающаяся на договорной отказ, должна тщательно изучить иностранное право... в целях определения действительности отказа, совершенного на его основании". Kahale and Vega, *op. cit.*, pp. 231-232.

<sup>779</sup> *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police, op. cit.*, p. 537 ("С формальной точки зрения, решающим является тот факт, что эта декларация исходит от одного из правящих органов Филиппин, который федеральный Суд может расценивать как квалифицированного представителя этого государства").



министром юстиции республики Гаити<sup>780</sup>. Если обращение касается практического отношения к государственному иммунитету, Кахале и Вега отмечают, что FSIA в Соединенных Штатах "обходит стороной вопрос о полномочиях лица или агентства, отказывающегося в предоставлении иммунитета в судах Соединенных Штатов"<sup>781</sup>. Британский Закон о государственном иммунитете, напротив, предусматривает, что "глава государственной дипломатической миссии в Великобритании или лицо в ходе исполнения им своих функций будут считаться уполномоченными от лица государства в отношении любого судопроизводства"<sup>782</sup>. Кроме того, несмотря на то, что эта проблема нечасто встречается на практике, Уоттс выражает обеспокоенность тем, что "отмена иммунитета главы государства... осложняется тем фактом, что он является последней инстанцией в своем государстве... и, в силу своего положения в государстве, может, по-видимому, быть в состоянии фактически отказаться от собственного иммунитета"<sup>783</sup>. Обращаясь к определению государства в статье 2 b) 1) проекта статей о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, он заявляет, что, вследствие того, что определение включает как главу государства, так и правительство государства как часть государства, "может показаться, что отказ любого из них будет действовать в отношении проекта статей"<sup>784</sup>. В отношении судопроизводства против главы государства как частного лица Уоттс заявляет, что "ясно, что он сам может эффективно отказаться от данного иммунитета"<sup>785</sup>, но считает притом, что его государство могло бы поступить так же<sup>786</sup>.

### с) Правовые последствия отказа от иммунитета

268. Касательно правовых последствий отказа от иммунитета – включая любой остаточный иммунитет, не затрагиваемый отказом – в случае явно выраженного отказа данный вопрос должен быть прояснен явными условиями самого отказа. Как отмечалось выше, явно выраженные отказы обычно определены весьма широко и практически не оставляют возможности для интерпретации. В частности, утверждается, что лицо "не

---

<sup>780</sup> *Paul v. Avril, op. cit.*, p. 210.

<sup>781</sup> *Kahale and Vega, op. cit.*, p. 231.

<sup>782</sup> Соединенное Королевство, Закон о государственном иммунитете 1978 года, § 2(7), цитируется в *Kahale and Vega, op. cit.*, pp. 231-232, fn. 102.

<sup>783</sup> *Watts, op. cit.*, p. 67.

<sup>784</sup> *Ibid.*

<sup>785</sup> *Ibid.* (ссылка на *Prince of X Road Accident Case (1964), ILR*, 65, p. 13).

<sup>786</sup> *Ibid.*

обладает абсолютно никакой формой иммунитета"<sup>787</sup>, или устраняется "toute immunité (1) d'Etat, (2) de chef d'Etat ou (3) diplomatique"<sup>788</sup>. Юридическая широта подразумеваемого отказа зависит от того, какая разновидность подразумеваемого отказа рассматривается. Если это первая разновидность, рассматриваемая выше (отказ, подразумеваемый при инициации судопроизводства властью, в компетенции которой находится отмена иммунитета), такой отказ может ограничиваться данным судопроизводством. Если рассматривается подразумеваемый отказ второй разновидности (отказ, подразумеваемый на основе принятия международного соглашения, обязательным последствием которого является то, что нынешние или бывшие должностные лица будут подвергнуты судебному преследованию в другой юрисдикции), то действие данного отказа еще менее ясно, что проиллюстрировано различиями во мнениях судей в деле Пиночета (№ 3), обсуждаемом выше<sup>789</sup>. Независимо от того, как происходит отказ от иммунитета, ясно, что по крайней мере в отношении дипломатического иммунитета<sup>790</sup> и государственного иммунитета<sup>791</sup> отмена иммунитета от юрисдикции не подразумевает отмены иммунитета от судебного преследования, что требует отдельного отказа. Одновременно остается неясной степень, в которой данное правило, требующее отдельного отказа, нашло бы надлежащее применение в уголовном судопроизводстве<sup>792</sup>.

---

<sup>787</sup> Отказ Проспера Авриля, бывшего генерал-лейтенанта вооруженных сил Гаити, см. выше, сноска 725 и сопровождающий текст.

<sup>788</sup> Отказ бывшего президента Филиппин Фердинанда Маркоса, см. выше, сноска 727 и сопровождающий текст.

<sup>789</sup> См. выше, сноски 749–762 и сопровождающий текст.

<sup>790</sup> Пункт 4 статьи 32 ВКДС. Данное положение подробно обсуждается в Denza, *op. cit.*, pp. 284-286.

<sup>791</sup> См., например, Rousseau, *op. cit.*, p. 16 («Важным следствием разделения двух иммунитетов является то, что отказ в юрисдикционном иммунитете не несет в себе обязательность лишения иммунитета от принудительного исполнения судебного постановления. Со своей стороны, французская юриспруденция всегда допускала, что отсутствие юрисдикционного иммунитета не влечет за собой прекращение действия иммунитета от принудительного исполнения судебного постановления: эти иммунитеты, символизирующие собой "абсолют", суверенитет и независимость иностранных государств, не могут быть ни коим образом скомпрометированы исполнительными мерами, допускающими применение государственных силовых структур»).

<sup>792</sup> Например, в своем комментарии относительно ВКДС Денца отмечает: "Пункт 4 статьи 32 относится только к гражданскому и административному судопроизводству. Служебное положение в связи с уголовным судопроизводством не упоминается. Таким образом, можно заключить, что смысл текста в том, что в отношении уголовного судопроизводства не требуется отдельного отказа по исполнению любого наказания и что отказ от иммунитета в уголовном деле не может быть ограничен судопроизводством в целях определения виновности". Denza, *op. cit.*, p. 284. Далее автор отмечает, впрочем, что:

«Опущение какой-либо ссылки на уголовное судопроизводство в статье 32, вероятно, случайно. В изначальном проекте пункта 4 статьи 32 Специальным докладчиком предусматривалось: "Решение по

---

отмене иммунитета юрисдикции в отношении судопроизводства не будет принято в целях предположения отмены иммунитета, относящейся к исполнению судебного решения". Комментируя данный пункт, председатель Международной комиссии, заявил, что таким образом "устанавливается принцип, по его мнению, универсально признанный", более не подлежащий обсуждению. Редакционный комитет Комиссии, тем не менее, ограничил положение "гражданским судопроизводством". Причиной тому было, вероятно то, что предшествующая часть статьи была модифицирована, в целях указания на то, что в уголовном судопроизводстве отказ всегда должен быть явно выраженным и что в гражданском судопроизводстве он может быть подразумеваемым. Таким образом, в отношении уголовного судопроизводства не было необходимости уяснить, что отказ от иммунитета в отношении судопроизводства не предполагал отказа от иммунитета в отношении исполнения судебного решения, поскольку явно выраженный отказ обычно прояснял данное положение. Но, поскольку подразумеваемый отказ от иммунитета мог быть разрешен в гражданском судопроизводстве, важно иметь в виду, что отказ от иммунитета в отношении исполнения судебного решения не мог предполагаться. Конференция отменила решение Комиссии по вопросу о подразумеваемом отказе, однако, скорее всего, не смогла учесть подтекст формулировки пункта 4. *Ibid.*, p. 284-285».

Денца утверждает, что, "хотя аргумент против необходимости отдельного отказа в отношении исполнения судебного решения или допущение отказа только с точки зрения обоснования виновности или невиновности состоит в том, что уголовное судопроизводство составляет неделимое целое и что наказание неотделимо от признания виновности", это "не соответствует тому, как на практике осуществляется уголовное судопроизводство". *Ibid.*, p. 285.