



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
29 July 2015
Russian
Original: English

Комиссия международного права

Шестьдесят седьмая сессия

Женева, 4 мая – 5 июня и 6 июля – 7 августа 2015 года

Проект доклада Комиссии международного права о работе ее шестьдесят седьмой сессии

Докладчик: г-н Марсело Васкес-Бермудес

Глава IX

Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции

Содержание

	Пункты	Стр.
A. Введение	1–3	
B. Рассмотрение темы на данной сессии	4–6	
1. Представление Специальным докладчиком четвертого доклада	7–18	
2. Краткое изложение прений	19–55	
a) Общие замечания	19–24	
b) Методология	25–27	
c) Проект статьи 2 f): определение понятия «деяние, совершенное в официальном качестве»	28–51	
i) «Деяние, совершенное в официальном качестве» и «деяние, совершенное в частном качестве»	29–30	
ii) Преступный характер действия	31–38	
iii) Присвоение деяния государству	39–46	
iv) Суверенитет и осуществление элементов государственной власти	47–51	
d) Проект статьи 6: сфера охвата иммунитета <i>ratione materiae</i>	52–53	
e) План будущей работы	54–55	



Глава IX

Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции

А. Введение

1. На своей пятьдесят девятой сессии (2007 год) Комиссия постановила включить в свою программу работы тему «Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции» и назначила Специальным докладчиком г-на Романа А. Колодкина¹. На той же сессии Комиссия просила Секретариат подготовить справочное исследование по данной теме, которое было представлено Комиссии на ее шестидесятой сессии².
2. Специальный докладчик представил три доклада. Комиссия получила и рассмотрела предварительный доклад на своей шестидесятой сессии (2008 год) и второй и третий доклады на своей шестьдесят третьей сессии (2011 год)³. Комиссия не смогла рассмотреть эту тему на своей шестьдесят первой сессии (2009 год) и шестьдесят второй сессии (2010 год)⁴.
3. На своей шестьдесят четвертой сессии (2012 год) Комиссия назначила г-жу Консепсьон Эскобар Эрнандес Специальным докладчиком вместо г-на Колодкина, который вышел из состава Комиссии. Комиссия получила и рассмотрела предварительный доклад Специального докладчика на той же сессии (2012 год), ее второй доклад на шестьдесят пятой сессии (2013 год)⁵ и ее третий доклад на шестьдесят шестой сессии (2014 год). На основе проектов статей, предложенных Специальным докладчиком во втором и третьем докладе, Комиссия к настоящему моменту приняла в предварительном порядке пять проектов статей вместе с комментариями к ним. Текст проекта статьи 2 об употреблении терминов продолжает разрабатываться⁶.

¹ На своем 2940-м заседании 20 июля 2007 года (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят вторая сессия, Дополнение № 10 (A/62/10)*, пункт 376). В пункте 7 резолюции 62/66 от 6 декабря 2007 года Генеральная Ассамблея приняла к сведению решение Комиссии о включении данной темы в ее программу работы. Тема была включена в долгосрочную программу работы Комиссии на ее пятьдесят восьмой сессии (в 2006 году) на основе предложения, содержащегося в приложении А к докладу Комиссии (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят первая сессия, Дополнение № 10 (A/61/10)*, пункт 257).

² Там же, *шестьдесят вторая сессия, Дополнение № 10 (A/62/10)*, пункт 386. Меморандум, подготовленный Секретариатом, см. в документе A/CN.4/596 и Согл.1.

³ A/CN.4/601 (предварительный доклад); A/CN.4/631 (второй доклад); и A/CN.4/646 (третий доклад).

⁴ См. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят четвертая сессия, Дополнение № 10 (A/64/10)*, пункт 207; и там же, *шестьдесят пятая сессия, Дополнение № 10 (A/65/10)*, пункт 343.

⁵ A/CN.4/654 (предварительный доклад) и A/CN.4/661 (второй доклад).

⁶ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/68/10)*, пункты 48–49. На своем 3174-м заседании 7 июня 2013 года Комиссия получила доклад Редакционного комитета и приняла в предварительном порядке проекты статей 1, 3 и 4, а на своих 3193–3196-м заседаниях 6–7 августа 2013 года она приняла комментарии к ним. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят девятая сессия, Дополнение № 10 (A/69/10)*, пункты 48–49. На своем 3231-м заседании 25 июля 2014 года Комиссия получила доклад Редакционного комитета и приняла в предварительном порядке проекты статей 2 е) и 5, а на своих 3240–3242-м заседаниях 6 и 7 августа 2014 года она приняла комментарии к ним.

В. Рассмотрение темы на данной сессии

4. На рассмотрении Комиссии находился четвертый доклад Специального докладчика (A/CN.4/686). Комиссия рассмотрела доклад на своих 3271–3278-м заседаниях 16 июля и 21–24 июля 2015 года.

5. На своем 3278-м заседании 24 июля 2015 года Комиссия постановила передать проект статьи 2 f) и проект статьи 6, предложенные Специальным докладчиком, в Редакционный комитет.

6. На ...-м заседании Комиссии ... июля 2015 года Председатель Редакционного комитета представил промежуточный доклад Редакционного комитета «Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции», содержащий проекты статей ..., принятых в предварительном порядке Редакционным комитетом на шестьдесят седьмой сессии. Доклад вместе с проектом статей был представлен на этом этапе только для информации и имеется на веб-сайте Комиссии⁷.

1. Представление Специальным докладчиком четвертого доклада

7. В четвертом докладе был продолжен начатый в третьем докладе (A/CN.4/646) анализ нормативных элементов иммунитета *ratione materiae*. Поскольку вопрос о субъектной сфере охвата данного вида иммунитета (на кого распространяется такой иммунитет) уже был рассмотрен в третьем докладе, четвертый доклад был посвящен анализу еще не рассмотренной материально-правовой сферы («деяние, совершенное в официальном качестве») и временной сферы его охвата. По итогам проведенного анализа в докладе был также представлен предлагаемый текст проекта статьи 2 f) с определением для общих целей иммунитета понятия «деяние, совершенное в официальном качестве»⁸ и текст проекта статьи 6 о материально-правовой и временной сферах охвата иммунитета *ratione materiae*⁹, содержащий конкретную ссылку на применение иммунитета *ratione materiae* к бывшим главам государств, бывшим главам правительств и бывшим министрам иностранных дел.

⁷ По адресу <http://www.un.org/law/ilc/>.

⁸ Предложенный Специальным докладчиком текст с внесенными в него исправлениями имеет следующую формулировку:

«Проект статьи 2

Определения

Для целей настоящих проектов статей:

f) «деяние, совершенное в официальном качестве» означает деяние, совершенное должностным лицом государства в порядке осуществления элементов государственной власти и составляющее, по своей сути, преступление, на которое может распространяться уголовная юрисдикция государства суда».

⁹ Предложенный Специальным докладчиком текст с внесенными в него исправлениями имеет следующую формулировку:

«Проект статьи 6

Сфера охвата иммунитета *ratione materiae*

1. Должностные лица государства, выступающие в этом качестве, пользуются иммунитетом *ratione materiae* как при исполнении служебных обязанностей, так и по окончании срока действия их полномочий.

2. Иммунитет *ratione materiae* охватывает только те действия, которые осуществлялись в официальном качестве должностным лицом государства в течение срока действия его полномочий.

3. Иммунитет *ratione materiae* применяется к бывшим главам государства, бывшим главам правительства и бывшим министрам иностранных дел в соответствии с положениями пунктов 1 и 2 настоящего проекта статьи».

8. Представляя свой доклад, Специальный докладчик отметила, что его следует читать совместно с предыдущими докладами, поскольку эти доклады вместе составляют единое целое. Было отмечено, что, как и при обсуждении ранее вопроса об иммунитете *ratione personae*, в настоящем докладе напрямую не затрагивается вопрос об ограничениях и исключениях в связи с применением иммунитета, который будет рассмотрен в пятом докладе Специального докладчика в 2016 году. Специальный докладчик отметила некоторые проблемы, возникшие в связи с переводом доклада на различные языки с испанского оригинала, в связи с которыми она внесла необходимые изменения, выпустив исправление, которое было распространено среди членов Комиссии. Специальный докладчик просила Секретариат подготовить исправление для его распространения в качестве официального документа текущей сессии.

9. В представленном Специальным докладчиком четвертом докладе при рассмотрении нормативных элементов иммунитета *ratione materiae* были в первую очередь выделены основные признаки данного вида иммунитета, а именно то, что он предоставляется всем должностным лицам государства, что он охватывает только «деяния, совершенные в официальном качестве» и что он не имеет никаких ограничений по времени. Что касается самих нормативных элементов иммунитета *ratione materiae*, то субъектная сфера его охвата была рассмотрена в третьем докладе, а в центре внимания четвертого доклада, как уже отмечалось, были его материально-правовой и временной аспекты. Рассмотрение понятия «деяния, совершенного в официальном качестве» было начато с ряда общих замечаний, в которых была подчеркнута важная роль данного понятия в контексте иммунитета *ratione materiae*. Эта важная роль обусловлена функциональным характером данного вида иммунитета. Затем в докладе были рассмотрены различия между «деяниями, совершенными в официальном качестве» и «деяниями, совершенными в личном качестве». На основании анализа этих различий был, в частности, сделан вывод о том, что их не следует отождествлять с различиями между актами *iure imperii* и актами *iure gestionis*, или с различиями между законными и противоправными деяниями. После этого в докладе был рассмотрен вопрос об установлении индикативных критериев «деяния, совершенного в официальном качестве», для чего было необходимо провести последовательный анализ судебной практики (международной и национальной), договорной практики и предыдущей работы Комиссии. В ходе анализа международной судебной практики была подчеркнута значимая роль различных решений, вынесенных Международным Судом, Европейским судом по правам человека и Международным уголовным трибуналом по бывшей Югославии. Изучение национальной судебной практики было проведено с привлечением большого числа национальных дел, затрагивающих несколько аспектов иммунитета *ratione materiae*, и с учетом решений как по уголовным, так и по гражданским делам, поскольку виды поведения, которые могут быть отнесены к «деяниям, совершенным в официальном качестве», можно обнаружить в обоих видах дел и вычленив из них общие элементы таких деяний. Анализ договорной практики включал в себя рассмотрение различных конвенций Организации Объединенных Наций, содержащих прямые или косвенные ссылки на иммунитеты, а также договоров (универсальных и региональных), устанавливающих нормы международного уголовного права и содержащих указания на официальный характер деяний, характеризующихся в качестве запрещенных международным правом видов поведения. При анализе предыдущей работы Комиссии международного права основное внимание было уделено статьям об ответственности государств за международно-противоправные деяния, Нюрнбергским принципам, проекту кодекса преступлений против мира и безопасности человечества 1954 года, проекту кодекса преступлений против мира и безопасности человечества 1996 года и статьям об ответственности международных организаций 2011 года. На основании такого предварительного анализа Специальный доклад-

чик приступила к рассмотрению вытекающих из него признаков «деяния, совершенного в официальном качестве» в целях иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции, а именно, уголовного характера деяния, присвоения деяния государству и использования суверенитета и элементов государственной власти на момент совершения деяния. Указание на уголовный характер деяния было призвано подчеркнуть связь ситуаций, в которых могут делаться ссылки на иммунитет *ratione materiae*, с уголовной юрисдикцией. На основании этого была сформулирована модель взаимосвязи между индивидуальной ответственностью и ответственностью государства, которую Специальный докладчик охарактеризовала как «одно деяние и два вида ответственности», подробно рассмотрев в докладе вытекающие из нее альтернативные сценарии. Вопрос о присвоении деяния государству необходимо было учесть потому, что применение иммунитета *ratione materiae* является обоснованным только в тех случаях, когда между государством и деянием его должностного лица существует связь. Особый интерес в этом отношении представлял вывод о том, что некоторые из критериев присвоения, перечисленные в статьях об ответственности государств за международно-противоправные деяния, не являются полезными для целей иммунитета. Наконец, был выявлен третий, телеологический признак, характеризующий «деяния, совершенные в официальном качестве», а именно то, что такие деяния являются проявлением суверенитета и формой осуществления элементов государственной власти. Примеры некоторых из этих элементов были представлены в докладе. В завершающей части раздела был рассмотрен вопрос о том, как соотносятся между собой международные преступления и деяния, совершенные в официальном качестве. Окончательное определение понятия «деяния, совершенного в официальном качестве» было представлено в конце этой части (части В) доклада. В части С доклада был вкратце проанализирован временной аспект ввиду наличия консенсуса по поводу бессрочного характера иммунитета *ratione materiae* и важности учета разграничения между временем совершения деяния и временем, когда делается ссылка на иммунитет. Часть D доклада была посвящена сфере охвата иммунитета *ratione materiae*, и в ее заключительной части был предложен текст проекта статьи 6 по этому вопросу. В заключительной части четвертого доклада был изложен будущий план работы по данной теме и заявлено о намерении Специального докладчика посвятить пятый доклад связанным с иммунитетом ограничениям и исключениям.

10. Специальный докладчик отметила, что с точки зрения избранного методологического подхода доклад строится по примеру третьего доклада, поскольку затронутые в нем вопросы анализируются с опорой на судебную (международную и национальную) и договорную практику, а также на предыдущую работу Комиссии. Кроме того, были отмечены комментарии, полученные от правительств в 2014 и 2015 годах, которые по возможности принимались во внимание в момент их представления, а также замечания, высказанные делегатами в устных выступлениях в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи. Специальный докладчик также обратила внимание Комиссии на заявления, сделанные Нидерландами и Польшей, которые были получены по завершении работы над четвертым докладом.

11. Центральное место в докладе занимает анализ понятия «деяния, совершенного в официальном качестве». Специальный докладчик отметила, что временной аспект в нем анализируется весьма кратко, поскольку данный вопрос не является предметом существенных разногласий; как на практике, так и в теории права имеется широкий консенсус относительно «бессрочного» или «постоянного» характера иммунитета *ratione materiae*. Вместе с тем она отметила, что было необходимо проанализировать природу данного аспекта (является ли он ограничением или условием), а также принципиально важные временные сроки, кото-

рые должны учитываться для целей установления того, были ли выполнены критерии временного аспекта, то есть идет ли речь о времени совершения деяния или о времени, когда делается ссылка на иммунитет. Она также обратила внимание на предлагаемый проект статьи.

12. Специальный докладчик подчеркнула, что основная часть доклада посвящена анализу материально-правовой сферы охвата иммунитета *ratione materiae*. Поэтому доклад представляет собой исследование понятия «деяния, совершенного в официальном качестве», для чего в свою очередь рассматривается различие между «деяниями, совершенными в официальном качестве» и «деяниями, совершенными в личном качестве», предлагаются индикативные критерии «деяния, совершенного в официальном качестве», а также его характеристики и в заключение приводится проект статьи, определяющей данную категорию деяний. В проекте статьи 6.2 в свою очередь деяния, совершенные в официальном качестве, рассматриваются как единственная категория деяний, совершенных должностными лицами государства, которые охватываются иммунитетом *ratione materiae*.

13. Было отмечено, что понятие «деяния, совершенного в официальном качестве», которое является центральным для этой темы в целом, имеет особое значение для иммунитета *ratione materiae*; в сферу охвата иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции попадают только деяния, совершаемые должностными лицами государства в их официальном качестве. Было отмечено, что для обозначения этого понятия употреблялись самые различные термины, однако в данном случае была использована формулировка «деяние, совершенное в официальном качестве», чтобы обеспечить терминологическую преемственность в работе Комиссии в соответствии с терминологией, примененной Международным Судом в деле *Об ордере на арест*.

14. Специальный докладчик отметила, что данное выражение не получило определения в современном международном праве. Оно нередко толкуется в качестве антитезы «деянию, совершенному в личном качестве» – понятию, которое, в свою очередь, также не имеет определения. Вместе с тем по итогам анализа соответствующей практики Специальный докладчик предлагает несколько поддающихся вычленению индикативных критериев деяний, совершенных в официальном качестве. В частности, было отмечено, что а) такие деяния, среди прочего, связаны с ограниченным числом преступлений, включая международно-правовые преступления, систематические и грубые нарушения прав человека, некоторые деяния, совершаемые вооруженными силами и сотрудниками правоохранительных органов, а также деяния, относящиеся к коррупции; б) в некоторых многосторонних договорах устанавливается связь между совершением определенных деяний и официальным качеством совершающих такие деяния лиц; в) деяние считается совершенным в официальном качестве в тех случаях, когда оно совершено должностным лицом государства, действующим от имени государства, осуществляющим полномочия государственной власти или осуществляющим акты суверенитета; г) национальные суды обычно отказывают в предоставлении иммунитета при рассмотрении дел, связанных с коррупцией, приводя довод о том, что должностные лица не могут пользоваться иммунитетом в случае деятельности, которая тесно связана с частными интересами и нацелена на личное обогащение должностного лица, а не на защиту интересов суверенной власти; д) трудно определить, что подразумевается под «осуществлением полномочий государственной власти» или «суверенными актами». Суды, однако, включали в эту категорию такую деятельность, как охрана общественного порядка, деятельность сил безопасности и вооруженных сил, международные отношения, законодательные акты, отправление правосудия и административные акты различного содержания; е) понятие деяния, совершенного в официальном качестве, не следу-

ет автоматически отождествлять с понятием актов *jure imperii*. Более того, «деяние, осуществляемое в официальном качестве» может выходить за границы акта *iure imperii*, а также может относиться к некоторым актам *iure gestionis*, совершаемым должностными лицами государства при выполнении своих обязанностей и осуществлении государственных функций; g) данное понятие не имеет никакого отношения к вопросу о законности или незаконности соответствующего деяния; и h) для целей иммунитета идентификация подобного деяния всегда осуществляется применительно к каждому отдельному случаю.

15. В свете вышеперечисленных критериев Специальный докладчик выделила следующие признаки деяния, совершенного в официальном качестве: а) деяние носит уголовный характер; b) деяние совершается от имени государства; и c) оно подразумевает осуществление суверенитета и элементов государственной власти.

16. Уголовный характер деяния, совершаемого в официальном качестве, порождает последствия для иммунитета, заключающиеся в том, что уголовный характер деяния может в принципе повлечь за собой два различных вида ответственности, одна из которых имеет уголовный характер и возлагается на исполнителя деяния, а другая – гражданский характер и возлагается на исполнителя или на государство. Специальный докладчик особо подчеркнула, что из модели «одно деяние, два вида ответственности» вытекает несколько сценариев, имеющих значение для иммунитета, а именно: а) исключительная ответственность государства в случаях, когда деяние невозможно присвоить тому, кто его совершил; b) ответственность государства и индивидуальная уголовная ответственность физического лица в случаях, когда деяние может быть присвоено обоим; c) исключительная ответственность физического лица в случаях, когда деяние может быть присвоено лишь этому лицу, даже если оно выступало в качестве должностного лица государства. Специальный докладчик также отметила, что в соответствии с тремя возможными сценариями ссылка на иммунитет может быть сделана на основании: а) иммунитета государства в том случае, когда то или иное деяние можно присвоить только государству и только лишь государство может нести ответственность; b) иммунитета государства и иммунитета *ratione materiae* должностного лица государства в тех случаях, когда деяние можно присвоить как государству, так и физическому лицу.

17. По мнению Специального докладчика иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции *ratione materiae* имеет индивидуальный характер и отличается от иммунитета государства в строгом смысле этого термина. Данное отличие является наиболее существенным в случае иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции должностных лиц государства, что связано с различным характером ответственности, которая применительно к государству является гражданской, а в отношении должностного лица – уголовной. Более того, различается и характер юрисдикций, от которых защищает иммунитет. Специальный докладчик отметила, что это различие не всегда достаточно четко проводится в литературе и на практике в первую очередь потому, что традиционно основное внимание в контексте защиты, предоставляемой иммунитетом, уделяется государству (а также его правам и интересам). Она пояснила, что иммунитет *ratione materiae* признается в интересах государства, суверенитет которого подлежит защите, однако его прямым бенефициаром является должностное лицо, когда оно действует в качестве выразителя этого суверенитета. По мнению Специального докладчика применение иммунитета *ratione materiae* является обоснованным только в тех случаях, когда между государством и деянием его должностного лица существует связь. Наличие такой связи подразумевает возможность присвоения того или иного деяния государству. Вместе с тем она усомнилась в том, что все из критериев присвоения, перечисленные в статьях об ответственности государств за международно-противоправные деяния, являются

полезными для целей иммунитета, особо выделив в качестве неподходящих критерии, изложенные в статьях 7, 8, 9, 10 и 11.

18. Она отметила, что, хотя выявление связи между деянием и суверенитетом является непростой задачей, судебная практика свидетельствует о том, что критериям установления такой связи удовлетворяют некоторые виды деятельности, которые в силу своей природы считаются выражением или неотъемлемым атрибутом суверенитета государства (охрана общественного порядка, отправление правосудия, деятельность вооруженных сил или международные отношения), а также некоторые функционально зависимые от них виды деятельности, которые осуществляются во исполнение политики и решений государства, связанных с осуществлением суверенитета. Она высказалась в пользу строгого толкования понятия «деяния, совершенного в официальном качестве», поскольку это позволит отвести иммунитету подобающую ему роль, а именно защиты суверенитета государства. Она отметила, что квалификация деяний, совершенных должностными лицами государств, в качестве международных преступлений, которые будут подробно рассмотрены в пятом докладе, не должна автоматически и безоговорочно приводить к признанию иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции в связи с такой категорией деяний.

2. Краткое изложение прений

а) Общие замечания

19. Члены Комиссии в целом высоко оценили четвертый доклад Специального докладчика за обилие приведенных в них систематизированных и тщательно документированных примеров из договорной практики, а также анализ международной и национальной судебной практики, в ходе которого удалось четко увязать сам анализ и предложенные проекты статей. При этом в докладе были всесторонне представлены различные соображения, имеющие значение для определения материально-правовой и временной сфер охвата иммунитета *ratione materiae*, и это помогло получить более ясное представление о весьма важном аспекте данной темы. Было отмечено, что рассматриваемый предмет является безусловно сложным с правовой точки зрения и затрагивает политически тонкие и значимые для государств вопросы. Более того, вектор практики государств непрерывно меняется, и в силу этого выявление четких и непротиворечивых правил для применения является непростой задачей. Перед Комиссией стоят не только теоретические и доктринальные вопросы, касающиеся взаимосвязи данной темы с другими областями права в рамках системы международного права в целом, но и сложности, связанные с выбором таких приоритетов в процессе кодификации и прогрессивного развития, которые способствовали бы укреплению международного права и одновременно сохранению стабильности в межгосударственных отношениях. С учетом данных обстоятельств была признана крайняя важность транспарентности и компетентного обсуждения любых предлагаемых решений и приоритетов.

20. Некоторые члены Комиссии отметили, что доклад открывает возможность концептуального рассмотрения данного предмета в целом с точки зрения существования ограничений и исключений для применения иммунитета *ratione materiae* в противовес включению в категорию деяний, совершенных в официальном качестве, всех деяний, в том числе составляющих международные преступления. Как было отмечено рядом членов Комиссии, в данных обстоятельствах у нее появляется возможность достичь прогресса в своей работе с учетом нынешней тенденции в практике государств к ограничительному толкованию иммунитета в отношении юрисдикционных иммунитетов государств.

21. Члены Комиссии в целом высказались за то, чтобы проекты статей, предложенные Специальным докладчиком, были переданы в Редакционный комитет. Некоторые из них выступили с комментариями и замечаниями, в том числе по поводу ряда аргументов и выводов, содержащихся в докладе.

22. Некоторые члены Комиссии обратили внимание на сохраняющуюся значимость разграничения иммунитета *ratione personae*, который обусловлен статусом, и иммунитета *ratione materiae*, который обусловлен поведением. По мнению некоторых из них у этих двух видов иммунитета имеются некоторые общие базовые элементы и, что более существенно, они опираются на один и тот же правовой фундамент, а именно принцип суверенного равенства государств. Аналогичным образом было отмечено, что, несмотря на необходимость учета различий между иммунитетом от гражданской юрисдикции и иммунитетом от уголовной юрисдикции, оба вида иммунитета имеют общую основу. При этом было высказано предостережение от чрезмерного использования принципа суверенного равенства государств при истолковании сложных вопросов, связанных с данной темой, поскольку этим принципом нельзя полностью объяснить, в частности, ограниченный юрисдикционный иммунитет государств. Хотя некоторые члены Комиссии признали существование асимметрии между различными правилами и режимами, регулирующими международно-правовую систему, было высказано предостережение о том, что с учетом направления, в котором, судя по всему, развивается обсуждение данной темы, возникает опасность создания Комиссией режима, диаметрально противоположного тому, который предусмотрен Римским статутот Международного уголовного суда, разработанным при участии самой Комиссии. С другой стороны, прозвучало напоминание о том, что, в отличие от рассматриваемой темы, в основе которой лежит «горизонтальная связь» между государствами, международная уголовная юрисдикция устанавливает между ними «вертикальную связь». С этим ключевым соображением связан целый ряд различных факторов, требующих критического рассмотрения.

23. В частности, было высказано мнение о том, что при определении сферы охвата иммунитета *ratione materiae* можно четко выделить определенные деяния, которые потенциально не подпадают под применение иммунитета *ratione materiae*, поскольку не полностью укладываются в типичные при анализе дихотомические категории. Это касается деяний, инкриминируемых в качестве серьезных международных преступлений, а также актов *ultra vires*, актов *jure gestionis*, деяний, совершенных в официальном качестве, но исключительно для получения личной выгоды, а также деяний, совершенных на территории государства суда без его согласия.

24. По мнению некоторых членов Комиссии, возможны два подхода к рассмотрению таких деяний: либо принять инклюзивный подход и утверждать, что деяние, составляющее преступление, является деянием, совершенным в официальном качестве, в связи с чем возникает проблема отнесения таких деяний к государственным, частным или к тем и к другим, либо перейти к рассмотрению таких вопросов, как ограничения и исключения. Поскольку серьезные международные преступления, акты *ultra vires* и акты *jure gestionis* затруднительно отнести исключительно к частным деяниям, была высказана мысль о целесообразности рассмотрения данных вопросов с точки зрения ограничений или исключений, нежели с точки зрения определения официального или неофициального характера деяний. Потенциальным преимуществом такого подхода является то, что аналогичные ему подходы прослеживаются в предыдущей практике в отношении юрисдикционных иммунитетов государств. Кроме того, такой подход позволял бы вырабатывать решения, в которых признание ограничений и исключений сочеталось бы с надлежащими процессуальными гарантиями.

b) Методология

25. Используемый Специальным докладчиком методологический подход, состоящий в систематическом анализе существующей практики с целью определения сферы охвата иммунитета *ratione materiae*, был в целом сочтен достойным похвалы с учетом количества проанализированных материалов и применимости проведенного анализа. Вместе с тем некоторые члены отметили, что в некоторых случаях в докладе просто содержатся ссылки на отдельные дела, однако они не анализируются с учетом соответствующего полного контекста. Кроме того, в некоторых ситуациях были сделаны категоричные утверждения, выходящие за рамки необходимого или оправданного, тогда как в других частях не всегда ясно, каким образом упомянутые в докладе материалы связаны с конкретными сделанными формулировками.

26. Некоторые члены также отметили, что доклад содержит слишком много ссылок на дела, относящиеся к конкретным юрисдикциям или регионам, или на дела, касающиеся применения гражданской юрисдикции, хотя рассматриваемая тема касается иммунитета от уголовной юрисдикции. Специальному докладчику было предложено еще больше расширить границы исследования с целью охвата прецедентного права, представляющего все правовые традиции и различные регионы. Было отмечено, что при использовании такого прецедентного права следует проявлять осмотрительность; хотя вполне понятно, что не существует материального различия между гражданской или уголовной юрисдикцией, осуществляемой при определении того, что представляет собой деяние, совершенное в официальном качестве, в некоторых ситуациях может быть крайне важно проанализировать контекст, в котором иммунитет может быть предоставлен или в нем может быть отказано; иммунитет может различаться в зависимости от того, возбуждено ли соответствующее дело против иностранного гражданина или против лица в гражданском контексте или в уголовном контексте.

27. Некоторые члены также поставили под сомнение сделанное в докладе утверждение о неприменимости внутригосударственного права для целей определения деяний, совершенных в официальном качестве, выразив мнение о том, что такое право представляет собой практику при определении обычного международного права; и Специальный докладчик в своем анализе действительно опиралась на прецедентное право при толковании и применении такого внутригосударственного права. Была также отмечена необходимость придания большего значения анализу национальной практики государств в законодательной и исполнительной областях, а также анализу международной судебной практики, включая полные последствия решений по таким делам, как дело *Об ордере на арест*¹⁰ и дело *О некоторых вопросах взаимной правовой помощи*¹¹, принятых международными судами и трибуналами, которые, как утверждалось, проявили определенную последовательность при рассмотрении некоторых вопросов.

c) Проект статьи 2 f): определение понятия «деяние, совершенное в официальном качестве»

28. При том что проект статьи 2 f) содержит только определение и сформулирован весьма кратко, в отношении него были сделаны замечания с учетом подробного анализа, проведенного Специальным докладчиком в ее докладе с целью обоснования этой формулировки.

¹⁰ *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3.

¹¹ *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 2008, p. 177.

i) *«Деяние, совершенное в официальном качестве» и «деяние, совершенное в частном качестве»*

29. Было признано, что доктрина «действия государства» является правовым понятием, абсолютно отличающимся от иммунитета *ratione materiae*. В целом было поддержано утверждение о том, что «деяние, совершенное в официальном качестве» определяется и оценивается в противовес «действию, совершенному в частном качестве». Было также выражено мнение о том, что деяние, совершенное в частном качестве, не обязательно совпадает с *acta jure gestionis*, равно как и деяние, совершенное в официальном качестве, не совпадает с *acta jure imperii*. Кроме того, различие между «действием, совершенным в официальном качестве» и «действием, совершенным в частном качестве» никак не связано с различием между законными и незаконными действиями. Вместе с тем было выражено мнение о том, что эти противоположные понятия, тем не менее, обеспечивают некоторые полезные элементы, которые могут способствовать пониманию того, было ли то или иное деяние совершено в официальном качестве или в частном качестве, либо, собственно говоря, того, являлось ли деяние законным или незаконным. Хорошо составленные комментарии, отражающие различные нюансы, могли бы способствовать более полному пониманию деяния, совершенного в официальном качестве.

30. Некоторые члены были совсем не убеждены в том, что для целей настоящей темы необходимо давать определения официальному деянию или деянию, совершенному в официальном качестве. Было отмечено, что правовые понятия обычно являются неопределенными и не всегда подлежат правовому определению. Представляется не до конца ясным, было ли бы полезным давать определение, выходящее за рамки разграничения, существующего между деяниями, совершенными в официальном качестве, и деяниями, совершенными в частном качестве. Любая попытка выйти за рамки общепринятых подходов была бы равносильна невыполнимой задаче. Было выражено мнение о том, что различие между деяниями, совершенными в официальном качестве, и деяниями, совершенными в частном качестве, является общим и достаточным для того, чтобы сделать в каждом конкретном случае определение на основе существующих обстоятельств. Это бинарное противопоставление подтверждается практикой, существующей в международном и внутригосударственном прецедентном праве. Некоторые члены выразили сомнение в полезности подборки целого ряда ссылок на случаи употребления таких терминов, как «официальное деяние» или «деяние, совершенное в официальном качестве», поскольку такая подборка неизбежно будет неполной и потребует проведения более углубленного анализа для понимания контекста. Было внесено предложение о том, что Специальному докладчику следовало бы подробнее рассмотреть вопрос о том, насколько полно государство может определить круг видов деятельности, которые, по его мнению, представляют собой деяния, совершенные в официальном качестве. Однако другие члены продолжали считать, что соответствующее определение, если оно будет разработано надлежащим образом, могло бы быть необходимым или полезным. Было также высказано мнение о том, что в комментариях можно было бы привести примеры деяний, совершенных в официальном качестве.

ii) *Преступный характер действия*

31. Некоторые члены признали существование практики, в соответствии с которой деяние должностного лица рассматривается как часть определения преступления, тогда как в других случаях статус должностного лица не является прямо выраженным элементом соответствующего преступления, однако это не обязательно исключает возможность участия соответствующего должностного

лица в совершении рассматриваемого преступления. Однако прескриптивный или описательный характер того ли иного определения преступления не обязательно касается вопроса о том, действовало ли соответствующее лицо в официальном качестве.

32. Центральный вопрос, определяющий совершение того или иного деяния в официальном качестве для целей иммунитета, касается не характера деяния, а качества, в котором выступало соответствующее лицо. Другими словами, речь идет о фактическом определении того, было ли предполагаемое деяние, независимо от его правового определения, совершено в официальном качестве.

33. Было отмечено, что отнесение деяния, совершенного в официальном качестве, к категории преступного, что, как представляется, предполагается предложенным определением, приводило бы к удивительному результату, поскольку любое деяние, совершенное в официальном качестве, считалось бы преступлением. Это было бы равносильно утверждению о том, что любое «деяние, совершенное в официальном качестве» по определению представляет собой преступление, из чего неизбежно следовало бы, что должностные лица государства всегда совершают преступления в тех случаях, когда они действуют в официальном качестве. То или иное деяние является преступлением не в силу своего характера, а скорее в силу его криминализации на уровнях внутригосударственного или международного уголовного права.

34. Было также напомнено о том, что в целом вопрос о международных правовых нормах, касающихся иммунитета, решается судом соответствующего государства, который, исходя из процедурных соображений, определяет вопрос о том, подпадает ли под его юрисдикцию то или иное деяние, совершенное должностным лицом. Эти вопросы рассматриваются *in limine litis*. Если законность деяния, как таковая, является применимым критерием для определения наличия юрисдикции, то в этом случае правовые нормы, касающиеся иммунитета *ratione materiae*, были бы избыточными. Использование такого подхода также имело бы последствия для презумпции невиновности.

35. По мнению некоторых членов, ссылка на «преступный характер» деяния всего лишь преследует цель отразить описательное понятие для целей настоящих проектов статей. Она не означает того, что все официальные деяния являются «преступными». Некоторые члены отметили, что они не понимают логику, в соответствии с которой иммунитет применяется потому, что соответствующее деяние было совершено в официальном качестве, а не потому, что в нем содержится преступный элемент. В этой связи было напомнено о том, что в прошлом уже вносились предложения, касающиеся определения преступного поведения. Был также задан вопрос о том, в чем состояла бы причина ареста должностного лица, если он был произведен не за предположительное совершение преступного деяние, и в этой связи было выражено сомнение в отношении того, что в данном случае была бы использована презумпция невиновности.

36. В свою очередь другие члены возразили, что проект статьи 1 о сфере охвата, принятый в предварительном порядке Комиссией в 2013 году, уже содержит положение о том, что проекты статей касаются уголовной юрисдикции.

37. Был высказан ряд предложений, направленных на то, чтобы ограничить и исключить из текста предложенного определения любое предположение о том, что деяние, совершенное в официальном качестве, является преступлением *per se*. В частности, было предложено изменить формулировку пункта f) проекта статьи 2 таким образом, чтобы исключить из него требования, связанные с наличием преступного характера.

38. Что касается концепции «одно действие, двойная ответственность», то, по мнению ряда членов, в международном праве она является вполне устоявшейся. Представляется ясным, что любое деяние должностного лица государства, совершенное в официальном качестве, присваивается не только данному лицу (для цели его индивидуальной уголовной ответственности), но и государству (для цели ответственности государства). По мнению других членов, которые не выступали против такого определения, представляется не совсем ясным, каким образом концепция «одно действие, двойная ответственность» соотносится с выводом о том, что деяния, совершенные в официальном качестве, должны являться преступными по своему характеру. Было отмечено, что, по всей видимости, имеет место путаница в понимании, с одной стороны, вопросов, касающихся юрисдикции и иммунитета, которые сами по себе являются различающимися, хотя и взаимосвязанными понятиями, и вопроса об ответственности, с другой стороны, будь то индивидуальная уголовная ответственность или ответственность государства.

iii) *Присвоение деяния государству*

39. Некоторые члены отметили важность того, что в докладе был рассмотрен вопрос о присвоении, поскольку это помогло прояснить ряд вопросов, касающихся сферы охвата иммунитета *ratione materiae*.

40. По мнению других членов, использование для иммунитета *ratione materiae* норм, касающихся присвоения ответственности государствам, является логичным, поскольку указанный иммунитет, по их мнению, принадлежит исключительно государствам. Поэтому они выразили сомнения относительно утверждения Специального докладчика о том, что «любое преступное деяние, охватываемое иммунитетом *ratione materiae*, не является, строго говоря, деянием самого государства, а представляет собой деяние лица, которое его совершило», посчитав его запутывающим и усложняющим рассматриваемые вопросы.

41. Ряд членов также напомнили о том, что нормы, касающиеся иммунитета государства, носят процедурный характер и ограничиваются определением вопроса о том, может ли государство суда осуществлять юрисдикцию в отношении другого государства. Они не касаются вопроса о том, является ли законным или незаконным поведение, в отношении которого возбуждена соответствующая судебная процедура.

42. Ряд членов были не готовы согласиться с тем, что иммунитет должностного лица государства от уголовной юрисдикции другого государства соотносится с иммунитетом самого государства. По их мнению, это разделение является полезным и требует дополнительного изучения; изменения, имевшие место в сфере международного уголовного права, в частности со времени окончания Второй мировой войны, свидетельствуют о том, что иммунитет *ratione materiae* не всегда следует увязывать с государственным иммунитетом.

43. Некоторые члены также присоединились к мнению Специального докладчика о том, что не все критерии присвоения, изложенные в статьях 4–11 Статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, применимы для целей иммунитета. Например, было отмечено, что поведение лиц, приписываемое при определенных обстоятельствах государству согласно статьям 7, 8, 9, 10 и 11 указанных Статей, не представляет собой деяния, совершенные в официальном качестве, для цели иммунитета таких лиц.

44. Учитывая тот факт, что, как представляется, практика государств или соответствующее прецедентное право по данному вопросу являются ограниченными, ряд членов поинтересовались причиной, по которой Специальный докладчик

сделала утверждение о том, что понятие «должностное лицо государства» исключает для целей иммунитета лиц, которых обычно рассматривают в качестве должностных лиц де-факто. По мнению ряда членов, необходимо использовать более широкий подход с целью охвата действий лиц, действующих под руководством и контролем государства. Было также выражено мнение о том, что, учитывая недавно заключенные соглашения и разработанные принципы в отношении частных контрактных работников, существующая тенденция свидетельствует об ограничении иммунитета таких лиц или об отказе им в иммунитете.

45. Согласно другой точке зрения, правовые нормы, касающиеся иммунитета, и правовые нормы об ответственности государств соответствуют двум различающимся режимам, разработанным в силу различных причин, в связи с чем в рамках асимметричной международной правовой системы они предусматривают различные решения и средства правовой защиты.

46. Непосредственно касаясь предложенного в проекте определения, некоторые члены приветствовали тот факт, что Специальный докладчик не включила в текст положение о присвоении деяния государству, поскольку этот критерий не способствует определению того, что именно является деянием, совершенным в официальном качестве.

iv) Суверенитет и осуществление элементов государственной власти

47. По мнению некоторых членов, представляется важным, как отмечалось в докладе, проводить различие между деяниями, совершенными в официальном качестве в том смысле, что они совершены в рамках осуществления какой-либо государственной функции или суверенной прерогативы государства, и деяниями, совершенными исключительно в частных интересах. Они выразили мнение о том, что предложенные Специальным докладчиком формулировки достаточно полно отражают «представительский» и «функциональный» аспекты деятельности государства. Они одобрили использование в Статьях об ответственности государств за международно-противоправные деяния термина «элементы государственной власти». Другие члены посчитали, что контекст, в котором в указанных Статьях используется данный термин, отличается. Ряд членов также отметили трудность, возникающую в связи с определением суверенитета и осуществления элементов государственной власти.

48. По мнению некоторых членов, аргумент о том, что международное преступление противоречит международному праву, не обеспечивает какого-либо дополнительного элемента для определения деяния, совершенного в официальном качестве, однако утверждение о том, что деяние, совершенное в официальном качестве, является преступным по своему характеру, как представляется, предполагает, что Специальный докладчик уже заняла позицию по данному вопросу, даже несмотря на то, что вопрос об ограничениях и исключениях будет рассматриваться в пятом докладе в 2016 году. Другие члены согласились со Специальным докладчиком в том, что, учитывая характер международных преступлений и степень их тяжести, существует обязательство принимать их во внимание для целей определения сферы охвата иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции.

49. Ряд членов выразили несогласие со Специальным докладчиком относительно того, что вопрос о связи между деяниями, совершенными в официальном качестве, и международными преступлениями был урегулирован. Они сослались на совместное особое мнение судей Хиггинс, Койманс и Бюргенталь по делу *Об ордере на арест*, согласно которому «...серьезные международные преступления не могут рассматриваться в качестве официальных деяний, поскольку они не являются ни обычными функциями государства, ни функциями, которые может

осуществлять только государство...»¹². Другие члены отметили, что Специальный докладчик уделила основное внимание вопросу о том, могут ли международные преступления вообще рассматриваться в качестве «деяний, совершенных в официальном качестве», не затрагивая вопрос об ограничениях или исключениях. Было внесено предложение о том, что комментарии, подлежащие принятию по данному проекту положения, следует подготовить таким образом, чтобы это не препятствовало проведению обсуждения по вопросу об иммунитетах в связи с международными преступлениями.

50. Тем не менее некоторые члены, ссылаясь на дело *Об ордере на арест*, утверждали, что «исключение, связанное с международным преступлением» является неприменимым в отношении иммунитета *ratione personae*. С другой стороны, было отмечено, что указанное дело оставило открытым вопрос о возможных исключениях в отношении иммунитета *ratione materiae*, поскольку, когда Международный Суд постановил, что он не может сделать на основании практики вывод о том, что в обычном международном праве существует какая-либо форма исключения из правила, предоставляющего иммунитет от уголовной юрисдикции и неприкосновенность лицу, занимающему пост министра иностранных дел, он ограничил данный вывод иммунитетом *ratione personae*.

51. Некоторые члены, задавшись вопросом о необходимости определения, усомнились в полезности формулировки «деяние, совершенное должностным лицом государства, осуществляющим элементы государственной власти», выразив мнение о том, что слово «элементы» является неясным, а в связи со словом «государственной» возникают вопросы. Альтернативой являлось бы использование формулировки, содержащейся в пункте е) проекте статьи 2, принятом в предварительном порядке Комиссией в 2014 году, и в этом случае речь шла бы о «деянии, совершенном должностным лицом государства, когда оно представляет государство или осуществляет государственные функции». Они напомнили о том, что, когда Комиссия принимала это положение, она обсуждала использование термина «государственная власть» и решила воздержаться от него. Однако другие члены сочли этот термин полезным в контексте рассматриваемой темы.

d) Проект статьи 6: сфера охвата иммунитета *ratione materiae*

52. Проект статьи 6 был сочтен в целом приемлемым. При этом было внесено предложение об изменении формулировок пунктов 1 и 2, с тем чтобы не складывалось впечатление о том, что они касаются только избираемых должностных лиц. Эту цель можно было бы достичь путем использования формулировки «*когда они представляют государство или осуществляют государственные функции, а также впоследствии*». Также упоминалась возможность поменять местами пункты 1 и 2, поскольку это позволило бы провести четкое различие между иммунитетом *ratione materiae* и иммунитетом *ratione personae*. Было также выражено мнение о том, что, хотя текст проекта пункта 2 является приемлемым, его принятие не ограничивает и не ущемляет рассмотрение вопроса о возможных исключениях.

53. Было отмечено, что пункт 3 является избыточным, поскольку в нем рассматривается аспект, который уже охвачен пунктом 3 проекта статьи 4, а также комментарием к нему, принятом в предварительном порядке Комиссией в 2013 году. Этот аспект следует рассмотреть в комментарии, однако в том случае, если он будет сохранен, следует исключить слово «бывший», поскольку иммунитет *ratione materiae* охватывает также действующих глав государств, глав правительств и министров иностранных дел.

¹² <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8136.pdf>, para. 85.

е) План будущей работы

54. Рассмотрение вопроса об ограничениях и исключениях в связи с иммунитетом было сочтено в качестве одного из главных аспектов данной темы. В этой связи некоторые члены подчеркнули важность тщательного анализа замечаний, полученных от правительств, которые свидетельствуют не только о практике государств, но и о нюансах их позиций, в том числе по вопросу о том, являются ли в целом нормы международного права в этой области устоявшимися. Некоторые другие члены выразили сожаление по поводу того, что анализ ограничений и исключений в связи с иммунитетом будет осуществлен лишь в 2016 году, несмотря на то, что этот вопрос часто упоминался в предыдущих докладах, но обсуждался лишь кратко.

55. Ряд членов предложили Специальному докладчику рассмотреть вопрос об ограничениях и исключениях наряду с процедурными вопросами, поскольку эти два аспекта не только являются взаимосвязанными, но и могли бы в конечном итоге помочь Комиссии решить некоторые непростые вопросы, связанные с данной темой в целом. Было даже предложено рассмотреть процедурные вопросы первыми. Ряд других членов отметили, что рассмотрение вопроса об ограничениях и исключениях в следующем году являлось бы преждевременным, поскольку все еще остаются некоторые общие вопросы, требующие урегулирования.
