



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
24 May 2011

Original: Russian

Комиссия международного права

Шестьдесят третья сессия

Женева, 26 апреля — 3 июня и 4 июля — 12 августа 2011 года

**Третий доклад об иммунитете должностных лиц
государства от иностранной уголовной юрисдикции**

**Подготовлен Специальным докладчиком Романом
Анатольевичем Колодкиным**

Содержание

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
I. Введение	1–10	2
II. Процессуальные аспекты иммунитета	11–57	6
A. Момент рассмотрения вопроса об иммунитете	11–13	6
B. Задействие иммунитета	14–31	8
C. Отказ от иммунитета	32–55	21
D. Может ли государство должностного лица задействовать иммунитет после отказа от него?	56–57	34
III. Иммунитет должностного лица и ответственность государства должностного лица	58–60	35
IV. Резюме	61	39



I. Введение

1. На своей пятьдесят девятой сессии (2007 год) Комиссия международного права (далее — Комиссия) постановила включить в свою программу работы тему «Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции» и назначила по ней Специального докладчика¹. На этой же сессии Комиссия просила Секретариат подготовить справочное исследование по данной теме².

2. На шестидесятой сессии (2008 год) Комиссия рассмотрела Предварительный доклад по теме (далее — Предварительный доклад)³. Комиссии был также представлен Меморандум Секретариата по данной теме (далее — Меморандум Секретариата)⁴. В связи с отсутствием следующего доклада Комиссия не смогла рассматривать эту тему на своей шестьдесят первой сессии (2009 год).

3. Второй доклад Специального докладчика (далее — Второй доклад) был представлен в Секретариат уже в ходе шестьдесят второй сессии Комиссии (2010 год), и Комиссия не имела возможности его рассмотреть⁵.

4. В Предварительном докладе была кратко изложена история рассмотрения Комиссией и Институтом международного права (далее — Институт) вопроса об иммунитете должностных лиц государства от иностранной юрисдикции, очерчен круг вопросов, которые предлагаются для рассмотрения Комиссией на предварительном этапе работы над темой. В их числе вопрос об источниках иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции; вопрос о содержании понятий «иммунитет» и «юрисдикция», «уголовная юрисдикция» и «иммунитет от уголовной юрисдикции» и о соотношении иммунитета и юрисдикции; вопрос о типологии иммунитета должностных лиц государства (иммунитет *ratione personae* и иммунитет *ratione materiae*); вопрос об обосновании иммунитета должностных лиц государства и о соотношении иммунитета должностных лиц с иммунитетом членов специальных миссий⁶.

5. Наряду с этим в Предварительном докладе были обозначены вопросы, которые, по мнению Специального докладчика, необходимо рассмотреть для определения сферы охвата настоящей темы. В качестве таковых были, в частности, рассмотрены: вопрос о том, какие должностные лица государств — все или только часть из них (например, только главы государств, главы прави-

¹ На своем 2940-м заседании 20 июля 2007 года (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят вторая сессия, Дополнение № 10 (A/62/10)*, пункт 379). 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 (2006 год) 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 *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят вторая сессия, Дополнение № 10 (A/62/10)*, пункт 386.

³ A/CN.4/601.

⁴ A/CN.4/596 и Согг.1.

⁵ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят пятая сессия, Дополнение № 10 (A/65/10)*, пункт 343.

⁶ Предварительный доклад, пункты 27–101.

тельств, министры иностранных дел) — должны охватываться будущими проектами руководящих принципов или проектами статей, которые могли бы быть подготовлены Комиссией в результате рассмотрения данной темы; вопрос об определении понятия «должностное лицо государства»; вопрос о признании в контексте настоящей темы; вопрос об иммунитете членов семей должностных лиц государства⁷.

6. Кроме того, в качестве вопросов, которые, по мнению Специального докладчика, необходимо рассмотреть для определения сферы охвата темы, были обозначены: вопрос об объеме иммунитета, которым пользуются те действующие и бывшие должностные лица, которые будут охватываться будущими проектами руководящих принципов или статей; вопрос об отказе от иммунитета (и, возможно, другие процедурные аспекты иммунитета)⁸.

7. Выводы, сделанные Специальным докладчиком в результате анализа, проделанного в Предварительном докладе, содержатся в его пунктах 102 и 130⁹.

⁷ Там же, пункты 125–129.

⁸ Там же, пункт 4.

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

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

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

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

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

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

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

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

и) За иммунитетом должностного лица, будь то иммунитет *ratione personae* или иммунитет *ratione materiae*, и его бенефициариями в конечном счете стоит государство,

8. Во Втором докладе были рассмотрены: вопрос об объеме иммунитета должностного лица от иностранной уголовной юрисдикции по общему правилу, включая вопрос об иммунитете *ratione materiae*, которым обладают по общему правилу все действующие и бывшие должностные лица государства¹⁰, и вопрос об иммунитете *ratione personae*, которым обладают только некоторые высокопоставленные действующие должностные лица¹¹; вопрос о том, от каких действий государства, осуществляющего уголовную юрисдикцию, защищает иммунитет¹²; вопрос о территориальной сфере действия иммунитета должностного лица¹³; вопрос о том, есть ли исключения из правила об иммунитете, в частности, в случае совершения должностным лицом тяжких преступлений по международному праву¹⁴.

9. Общие выводы, сделанные Специальным докладчиком в результате анализа, проделанного во Втором докладе, содержатся в его пункте 94¹⁵.

являющееся единственным обладателем права отказаться от иммунитета должностного лица.

к) иммунитет должностного лица от иностранной уголовной юрисдикции имеет несколько взаимодополняющих и взаимосвязанных обоснований: функционально-представительское; международно-правовые принципы суверенного равенства государств и невмешательства во внутренние дела; необходимость обеспечения стабильности международных отношений и независимого осуществления государствами их деятельности».

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

б) редлагается охватить настоящей темой всех должностных лиц государства.

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

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

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

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

¹⁰ Второй доклад, пункты 21–34.

¹¹ Там же, пункты 35–37.

¹² Там же, пункты 38–51.

¹³ Там же, пункты 52–53.

¹⁴ Там же, пункты 54–93.

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

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

с) нет объективных оснований для того, чтобы проводить различия между

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

10. Таким образом, в Предварительном и Втором докладах были рассмотрены субстантивные, или материальные, аспекты вопроса об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции. В настоящем, Третьем докладе рассматриваются процедурные аспекты темы. Кроме того, как показало рассмотрение темы, в ее рамках заслуживает внимания еще один вопрос — о взаимосвязи выдвижения государством тезиса об иммунитете своего должностного лица с ответственностью этого государств за то противоправное деяние, совершенное этим должностным лицом, в связи с которым возникает вопрос об иммунитете. Этот вопрос также рассматривается в настоящем докладе.

II. Процессуальные аспекты иммунитета

A. Момент рассмотрения вопроса об иммунитете¹⁶

11. Вопрос об иммунитете иностранного должностного лица от уголовной юрисдикции на практике часто возникает у властей государства, когда они только намереваются приступить к соответствующим действиям. В этот момент государство, на службе которого находится (находилось) данное лицо, еще обычно не в курсе происходящего. Во многих случаях первичные действия в рамках уголовного процесса не связаны с мерами, которым препятствует иммунитет¹⁷. В такой ситуации рассмотрение вопроса об иммунитете государством, осуществляющим уголовную юрисдикцию, не является необходимостью и

могут быть приняты в отношении иностранного должностного лица, фигурирующего в уголовном процессе в качестве свидетеля, когда это лицо пользуется: а) иммунитетом *ratione personae* или б) иммунитетом *ratione materiae*, если речь идет о вызове такого лица для дачи свидетельских показаний относительно официальных действий, совершенных им самим, или действий, о которых должностному лицу стало известно в результате выполнения им официальных функций;

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

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

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

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

¹⁶ См. Меморандум Секретариата, пункты 220–225.

¹⁷ О мерах по осуществлению уголовной юрисдикции, которым препятствует иммунитет, см. Второй доклад, пункты 38–51.

не может считаться его обязанностью. В то же время вопрос об иммунитете должностного лица государства от иностранной уголовной юрисдикции в принципе должен рассматриваться либо на ранней стадии судебного разбирательства, либо еще раньше, на досудебной стадии — когда государством, осуществляющим юрисдикцию, решается вопрос о принятии в отношении должностного лица мер уголовного процесса, которым иммунитет препятствует. Международный Суд в консультативном заключении по делу о *Споре, касающемся иммунитета от юридического процесса Специального докладчика Комиссии по правам человека*, указал: “[q]uestions of immunity are... preliminary issues which must be expeditiously decided *in limine litis*. This is generally recognized principle of procedural law”¹⁸. Как отметил британский окружной судья во время рассмотрения ходатайства о выдаче ордера на арест Министра обороны Израиля генерала Ш.Мофаза, “[i]t has been argued by the Applicant that if the General enjoys any kind of immunity... then the proper time to raise it would be at the first hearing after the warrant has been issued. I am afraid that I disagree with that proposition and take the view that state immunity is one of the issues that I must consider”¹⁹. В принципе раннее рассмотрение вопроса об иммунитете необходимо для реализации основных целей иммунитета — обеспечения поддержания нормальных отношений между государствами, их суверенитета²⁰. Необходимость рассмотрения вопроса об иммунитете на ранней стадии судебного разбирательства, *in limine litis*, обусловлена и тем, что от его решения зависит возможность дальнейшего осуществления государством суда уголовной юрисдикции в отношении данного должностного лица²¹. Если суд не рассмот-

¹⁸ *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, Advisory Opinion, (hereinafter — “*Difference Relating to Immunity from Legal Process...*”) ICJ Reports, 1999, пара.63. О необходимости раннего рассмотрения вопроса об иммунитете говорилось в Предварительном докладе, пункты 67–68.

¹⁹ District Court — Bow Street, Application for Arrest Warrant Against General Shaul Mofaz, 12 February 2004, para.5, reproduced in 53 ICLQ 772 (2004). См. также G.P.Buzzini, «Lights and Shadows of Immunities and Inviolability of State Officials in International Law: Some Comments on the Djibouti v. France Case», *Leiden Journal of International Law*, 22 (2009), p.473. По сути, об этой же необходимости рассматривать вопрос об иммунитете на ранней стадии судебного процесса говорилось в *Решении об иммунитете от юрисдикции Апелляционной палаты Специального суда по Сьерра-Леоне. Decision on Immunity from Jurisdiction, The Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Special Court for Sierra Leone, Appeals Chamber, Case No. SCSL-2003-01-I, 31 May 2004, para. 30*. См. также решение Апелляционного суда США по округу Колумбия в деле *Belhas et al. v Ya'alon* (“[I]t is incumbent upon the court to “engage in sufficient pretrial factual and legal determinations to satisfy itself of its authority to hear the case” when a party claims it is entitled to foreign sovereign immunity”), United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, *Belhas et al. v. Moshe Ya'alon*, 15 February 2008, p.7. Available at: <http://caselaw.findlaw.com/us-dc-circuit/1066141.html>.

²⁰ См. ремарку А. Гаттини о том, что иммунитет государства в качестве необходимого средства “to maintain a minimum procedural order for the sake of peaceful intercourse between sovereign states as well as to avoid possible inequitable and/or discriminatory solutions”, “in order to be effective, could only be in limine litis”. Gattini A., “The Dispute on Jurisdictional Immunities of the State before the ICJ: Is the Time Ripe for a Change of the Law?”, *Leiden Journal of International Law*, 24 (2011), p. 192.

²¹ См. комментарий на сей счет Дж.Верхувена, приведенный в пункте 220 Меморандума Секретариата. В самом деле, иммунитет, являясь одним из ключевых слагаемых решения о возможности или невозможности осуществления иностранной юрисдикции, лишится смысла как правовой феномен, если ему не будет уделяться необходимое внимание на самой ранней стадии юридического процесса. В то же время признание наличия у

рит в начале разбирательства вопрос об иммунитете, то это может привести к нарушению обязательств государства суда, вытекающих из нормы об иммунитете. Более того, само по себе нерассмотрение вопроса об иммунитете *in limine litis* может быть сочтено таким нарушением. В упомянутом Консультативном заключении Международный Суд отметил, что рассматривать вопрос об иммунитете Специального докладчика в качестве предварительного было обязанностью судов Малайзии²².

12. Последнее относится и к рассмотрению вопроса об иммунитете на досудебной стадии осуществления уголовной юрисдикции в тот момент, когда решается вопрос о принятии мер, которым препятствует иммунитет (например, задержания по подозрению в совершении преступления). Здесь нерассмотрение соответствующими властями вопроса об иммунитете должностного лица также может привести к нарушению вытекающих из иммунитета обязательств государства, осуществляющего юрисдикцию, и само по себе может быть сочтено таким нарушением.

13. Вышеизложенное, однако, следует рассматривать в свете вопроса о задействовании и бремени задействования иммунитета, который будет рассмотрен далее. В частности, если государство должностного лица, пользующегося иммунитетом *ratione materiae*, не задействует иммунитет на начальных стадиях процесса, то процесс может развиваться дальше, и вопрос о нарушении обязательств, вытекающих из иммунитета, не возникает.

В. Задействование иммунитета²³

14. Для того чтобы суд или иные соответствующие власти государства, осуществляющего юрисдикцию, рассмотрели вопрос об иммунитете иностранного должностного лица, кто-то должен его поставить. Вопрос в том, кто это должен сделать: должностное лицо, государство, на службе которого оно находится (находилось)? Или этим вопросом должно задаться само государство, осуществляющее юрисдикцию?²⁴

15. В Предварительном докладе говорилось о том, что иммунитет принадлежит не самому должностному лицу, а государству, на службе которого оно находится (находилось), — государству должностного лица²⁵. Строго говоря, должностное лицо лишь «пользуется» иммунитетом, который юридически

должностного лица иммунитета, как функционального, так и персонального, препятствует, как отмечалось во Втором докладе, не всем мерам, которые возможны в рамках осуществления уголовной юрисдикции, а только тем, которые связаны с обязательствами, принуждением должностного лица (см. пункты 38-51, 94(1) Второго доклада).

²² *Difference Relating to Immunity from Legal Process...*, op. cit., para. 67(2)(b).

²³ Меморандум Секретариата, пункты 215–229.

²⁴ Задаваясь аналогичным вопросом, Дж.П. Буззини пишет: “There may be no clear-cut answer to this question”. Buzzini G.P. Op. cit., p. 473.

²⁵ “The State stands behind both the immunity *ratione personae* of its officials from foreign jurisdiction and their immunity *ratione materiae*. It is the State that is entitled to waive the immunity enjoyed by an official, whether it is *ratione personae* or *ratione materiae* (in the case of a serving high-ranking official) or only *ratione materiae* (in the case of any official who has left government service). In the final analysis, the immunity of State officials from foreign jurisdiction belongs to the State itself, so that it alone is entitled to waive such immunity.” Preliminary report, para. 94 (footnotes omitted).

принадлежит государству. Соответственно, права, вытекающие из иммунитета, — это права государства. Отстаивая права, вытекающие из иммунитета должностного лица от иностранной уголовной юрисдикции, государство отстаивает свои права, а не права своего должностного лица²⁶. В этой связи можно говорить о том, что юридически значимым, т.е. имеющим юридические последствия, задействованием иммунитета или заявлением об иммунитете является только такое его задействие или такое заявление о нем, которое делается государством должностного лица. Заявление самого должностного лица о том, что оно обладает иммунитетом, как представляется, не имеет такого юридического значения, поскольку оно является лишь бенефициаром иммунитета. Это не означает, что такое заявление должностного лица вообще не имеет значения в контексте осуществляемых в отношении данного лица юридических процедур. Оно вряд ли может быть просто проигнорировано государством, осуществляющим уголовное преследование данного лица. Это государство может на основании этого заявления рассмотреть вопрос об иммунитете. Но это заявление, не будучи подкреплено соответствующим мнением государства должностного лица, как представляется, не имеет достаточного юридического веса и значения²⁷.

16. Чтобы государство должностного лица могло заявить об иммунитете этого лица, оно должно знать о том, что в отношении этого лица принимаются или планируются соответствующие уголовно-процессуальные меры. Следователь-

²⁶ Это относится и к иммунитету бывших должностных лиц. В деле *Об ордере на арест* Бельгия утверждала, в частности, что после того, как Йеродия перестал быть министром иностранных дел, Республика Конго отстаивала уже не свои права, а права этого индивида, т.е. осуществляла дипломатическую защиту и соответственно должна была исчерпать предварительно внутренние средства (см. *Arrest Warrant of 11 April 2000* (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, (hereinafter — “*Arrest Warrant*”), paras. 37-38). Республика Конго же исходила из того, что не действует в рамках дипломатической защиты, а защищает права конголезского государства в связи с нарушением иммунитета его министра иностранных дел (см. *ibid.*, para.39). Суд согласился, по сути, с позицией Конго (*ibid.*, para. 40). Как отмечает правительство США в деле *Samantar*, “a former official’s residual immunity is not a personal right. It is for the benefit of the official’s state.” U.S. District Court for the Eastern District of Virginia, Alexandria Division, *Bashe Abdi Yousuf, et al., v. Mohamed Ali Samantar*, Statement of Interest of the United States of America, February 14, 2011, para. 13, available at http://www.cja.org/downloads/Samantar_Stmt_of_Interest.pdf. (В рамках этого дела в судах США с 2004 года разбирается вопрос о принятии к производству гражданского иска выходцев из Сомали против бывшего министра обороны и вице-президента Сомали М.Самантара в связи с применением пыток, внесудебных казней и другими нарушениями прав человека. Комментарии к этому делу см., например, в: Шаталова С.В. «Решение Верховного суда США по делу «Самантар против Юсуфа» и иммунитеты иностранных должностных лиц», *Московский журнал международного права*, № 1 (81) (2011), с.111-130; В.Стефенс, “The Modern Common Law of Foreign Official Immunity”, *Fordham Law Review*, 79 (2011), p.2669–2719).

²⁷ Эта же логика действует и применительно к отказу от иммунитета. См. пункт 33 ниже. См. также пункт 94 Предварительного доклада. Ф. Маркос (бывший президент Филиппин) в связи с рассмотрением судом США вопроса о невыполнении им нескольких судебных ордеров заявил о том, что пользуется иммунитетом главы государства от соответствующей юрисдикции. На этом основании Государственный департамент США направил ноту Посольству Филиппин с информацией о возможных мерах, которые могут быть приняты в отношении Ф.Маркоса по решению суда. В ответ на это Посольство сообщило нотой об отказе Правительства Филиппин от любого иммунитета бывшего президента (*In re Grand Jury Proceedings, Doe No. 700*, 5 May 1987, 817 F.2d 1108, C.A.4 (Va.), 1987).

но, государство, осуществляющее или планирующее такие меры, должно уведомить государство должностного лица об этом. Естественно, сделать это можно лишь тогда, когда становится известно или имеются основания полагать, что речь идет именно об иностранном должностном лице. Так, заявление лица, в отношении которого осуществляется юрисдикция, о том, что оно является (либо являлось) должностным лицом иностранного государства, является основанием для того, чтобы государство, осуществляющее юрисдикцию, соответственно проинформировало государство должностного лица. Международный Суд в решении по делу *О некоторых вопросах взаимной правовой помощи по уголовным делам (Джибути против Франции)* отметил, в частности: “At no stage have the French courts (before which the challenge to jurisdiction would normally be expected to be made), nor indeed this Court, been informed by the Government of Djibouti that the acts complained of by France were its own acts, and that *the procureur de la Republique* and the head of National Security were its organs, agencies or instrumentalities in carrying them out.

The State which seeks to claim immunity for one of its State organs is expected to notify the authorities of the other State concerned”²⁸.

17. Суд, таким образом, указал, что бремя задействия иммунитета лежит на государстве, которое хочет оградить свое должностное лицо от иностранной уголовной юрисдикции. Если оно этого не делает, то государство, осуществляющее юрисдикцию, не обязано рассматривать вопрос об иммунитете *proprio motu*, и, следовательно, может продолжать уголовное преследование²⁹. В то же время государство должностного лица, как представляется, может заявить об иммунитете этого лица и на более поздней стадии уголовного процесса. Но в этом случае вряд ли можно считать нарушающими иммунитет те меры в отношении должностного лица, которые приняты государством, осуществляющим юрисдикцию, до задействия иммунитета (при том, естественно, понимании, что государство должностного лица знало об осуществлении в отношении него иностранной уголовной юрисдикции, но не задействовало иммунитет).

18. Отметим, что пассаж из решения Международного Суда, приведенный в пункте 16 выше, судя по его контексту, относится к ситуации с должностными лицами, пользующимися не персональным, а функциональным иммунитетом. Такой подход к ситуации с лицами, пользующимися иммунитетом *ratione materiae*, представляется логичным³⁰. Этим иммунитетом пользуются должностные лица не высшего уровня и бывшие должностные лица и только в отношении деяний, совершенных ими в официальном качестве. Речь не идет о действующих главах государств, правительствах и министрах иностранных дел. В отличие от ситуации с «тройкой», о которой речь пойдет ниже, государство, осуществляющее юрисдикцию в отношении таких лиц, не обязано с самого начала знать или предполагать, ни что это иностранные должностные или бывшие должностные лица, ни что они, нарушая закон, действовали в официальном качестве³¹.

²⁸ *Case Concerning Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, Judgment, para 196, ICJ Reports, 2008.

²⁹ Последствия незадействия иммунитета рассматриваются в настоящем докладе далее, см. пункты 53–55 ниже.

³⁰ Дж.П. Буззини, однако, подвергает эту позицию Международного Суда сомнению. См. Buzzini G.P., *op.cit.*, pp. 472–473.

³¹ Хотя в большинстве случаев об этом наверняка будут свидетельствовать материалы дела.

Соответственно, государство данного должностного лица должно, если хочет оградить его от иностранного уголовного преследования путем задействования иммунитета, уведомить государство, осуществляющее юрисдикцию, что это его должностное лицо, и оно пользуется иммунитетом, поскольку совершало инкриминируемые ему деяния в официальном качестве³².

19. Если применить эту же логику к ситуации, когда речь идет об осуществлении иностранной уголовной юрисдикции в отношении «тройки» действующих высших должностных лиц — главы государства, главы правительства и министра иностранных дел, пользующихся персональным иммунитетом, то ответ на поставленный выше вопрос будет, как представляется, иным. Во-первых, по крайней мере, в абсолютном большинстве случаев, действующие главы государств, правительств и министры иностранных дел общеизвестны. Соответственно, государство, осуществляющее уголовную юрисдикцию в отношении такого лица, как правило, знает, что речь о высшем иностранном должностном лице³³. Во-вторых, также широко признано, что эти действующие

³² Таким образом, например, Израиль задействовал иммунитет А.Дихтера, бывшего руководителя службы безопасности Израиля, в деле *Matar and ors v. Dichter*. (“In February 2006, Dichter moved to dismiss, arguing (1) that he was immune under the FSIA; (2) that the suit presented a non-justiciable political question; and (3) that the suit implicated the act of state doctrine. At about the same time, Israel’s Ambassador to the United States, Daniel Ayalon, wrote the United States State Department declaring that “anything Mr. Dichter did ... in connection with the events at issue ... was in the course of [his] official duties, and in furtherance of official policies of the State of Israel.” The district court invited the State Department to “state its views, if any” on the issues raised in the motion to dismiss, or other issues it deemed relevant to the case. The State Department’s statement of interest, filed in November 2006, opined that the FSIA afforded immunity for countries, not for individuals, but urged the court to dismiss the suit nevertheless on the ground that Dichter was entitled to immunity under common law as an official of a foreign state”. *Matar and ors v Dichter*, U.S. Court of Appeals for the Second Circuit, Appeal decision, 563 F3d 9 (2d Cir 2009); ILDC 1392 (US 2009) 16 April 2009, para.6). Available at: <http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1002600.html>). Точно такое же заявление было сделано Послом Израиля в США в отношении бывшего генерала Сил обороны Израиля (служившего главой военной разведки) М. Яаалона в деле *Belhas v. Ya’alon*. United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, *Belhas et al. v. Moshe Ya’alon*, 15 February 2008, available at: <http://caselaw.findlaw.com/us-dc-circuit/1066141.html>. В уже упомянутом ранее заявлении Государственного департамента США в деле *Samantar* о задействовании иммунитета говорится следующее: “the Department of State has determined that Defendant enjoys no claim of official immunity from civil suit. ... Particularly significant among the circumstances of this case and critical to the present Statement of Interest are (1) that Samantar is a former official of a state with no currently recognized government to request immunity on his behalf, including by expressing a position on whether the acts in question were taken in an official capacity, and (2) the Executive’s assessment that it is appropriate in the circumstances here to give effect to the proposition that U.S. residents like Samantar who enjoy the protections of U.S. law ordinarily should be subject to the jurisdiction of our courts, particularly when sued by U.S. residents” (Op.cit., см. сноску 26 выше, para. 9).

³³ В самом деле, уже тот факт, что персоналии членов «тройки» государств мира в силу сложившейся практики международных отношений известны властям всех (или почти всех) других государств, делает не вполне адекватным требование информировать государство, осуществляющее юрисдикцию, о правовом положении и вытекающих из него иммунитетах соответствующего лица. Государство, предъявляющее подобное требование в качестве условия признания иммунитета и которому статус иностранного главы государства (главы правительства, министра иностранных дел) объективно известен, едва ли может считаться добросовестно выполняющим свои международные обязательства.

Впрочем, на этот вопрос можно посмотреть и по-другому. При подготовке

высшие должностные лица пользуются персональным иммунитетом от иностранной уголовной юрисдикции, т.е. иммунитетом в отношении действий, совершенных как в официальном, так и в личном качестве. Соответственно, государству, осуществляющему уголовную юрисдикцию, не нужно знать или выяснять, в каком качестве действовало данное иностранное должностное лицо, для того, чтобы вынести суждение об иммунитете этого лица. Таким образом, когда речь идет об иностранном главе государства, главе правительства или министре иностранных дел, государство, осуществляющее уголовную юрисдикцию, само должно задаться вопросом об иммунитете этого лица и определиться относительно своих дальнейших действий в рамках международного права. Спрашивать государство должностного лица в этом случае уместно, пожалуй, лишь об отказе от иммунитета. Соответственно, это последнее государство не несет бремени постановки вопроса об иммунитете перед властями государства, осуществляющего уголовную юрисдикцию³⁴.

20. В ходе устных слушаний по делу *О некоторых вопросах взаимной правовой помощи по уголовным делам* юридический советник Франции А.Пелле говорил об «абсолютной и, возможно, неопровержимой» презумпции иммунитета действующего главы государства или министра иностранных дел от иностранной уголовной юрисдикции, в отличие от других должностных лиц, в отношении которых такая презумпция не действует и вопрос об иммунитете ко-

резолюции Института «Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat et de gouvernement en droit international» 2001 года рассматривался вопрос о целесообразности включения в нее положения о представлении иностранному судье доказательств статуса главы государства или правительства. Члены Института сочли, что этого делать не надо. Главным аргументом было то, что в разных национальных правовых системах этот вопрос решается по-разному (см. Institut de Droit international, *Annuaire*, Vol. 69, 2000–2001, *Session de Vancouver*, 2001, *Travaux préparatoires et délibérations de l'Institut*, pp.452–485). В результате в статье 6 резолюции указывается: «Les autorités de l'État doivent accorder au chef d'État étranger, dès l'instant où sa qualité est connue, l'inviolabilité, l'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution auxquelles il a droit». Иными словами, факта знания о должностном положении главы государства властями государства, осуществляющего юрисдикцию, достаточно для того, чтобы последнее считалось связанным обязательствами, вытекающими из иммунитета иностранного главы государства. Отметим, однако, что комментируя один из проектов резолюции, член Института Ж.-И. Морен отмечал: «[I] me semble que la pratique démontre que l'immunité doit être plaidée». Ibid., p. 584.

³⁴ К аналогичному выводу, но приводя несколько иные аргументы, приходит Дж.П.Буззини. Он пишет: “[w]ith respect to state immunity and immunity *ratione personae*, several elements may be identified which would seem to support the view that, when applicable, immunity should be given effect by the authorities of the forum state regardless of any specific invocation. ... [A]s regards the personal immunities accruing to diplomatic agents and members of special missions, the relevant conventions address only the question of waiver of such immunities (which must always be express) and not the question of their invocation. The same solution appears to be implied, as regards the immunities of heads of state and heads of government, in the wording of the resolution adopted by the Institut de Droit international at its Vancouver session in 2001”. (Buzzini G.P., *op.cit.*, pp.470–471.) Следует отметить, однако, что Резолюция Института в этом отношении может быть интерпретирована и иначе (см. сноску 33 выше). В качестве еще одного аргумента в пользу своей позиции Дж.П.Буззини ссылается на то, что Международный Суд в решении по делу *Об порядке на арест* “held that Belgium had violated the immunity of the minister for foreign affairs of the ... Congo without raising the question of whether such immunity had been properly invoked, before the Belgian authorities, by the ... Congo or by the minister himself”. Ibid., p. 471.

торых должен решаться в каждом конкретном случае³⁵. Юридический советник Джибути Л.Кондорелли не согласился с тезисом о презумпции применительно к персональному иммунитету, отметив, в частности: “Il faut souligner, d’abord, qu’aucune «présomption» au sens propre ne saurait être pertinente pour les chefs d’Etat étrangers en fonction, puisque ceux-ci se trouvent tout simplement sous le couvert d’une immunité totale pour l’ensemble de leurs actes, y compris ceux à caractère privé»³⁶.

21. Как представляется, Международный Суд и в решении по данному делу, и в решении по делу *Об ордере на арест* исходил из того, что персональный иммунитет главы государства (дело *Джибути против Франции*) и всей «тройки» (дело *Об ордере на арест*) просто есть без какой-либо презумпции и вытекающие из него обязательства государства, осуществляющего юрисдикцию, должны выполняться. В отличие от ситуации с двумя должностными лицами Джибути, не пользующимися личным иммунитетом, применительно к которым Суд указал на то, что Джибути должна была соответствующим образом уведомить французские власти³⁷, в той части решения, которая касается главы Республики Джибути, ничего не говорится о том, что Джибути должна была каким-то образом поставить вопрос об иммунитете (хотя, получив информацию о готовящемся запросе французских властей, Джибути напомнила Франции об иммунитете главы государства³⁸). Суд просто опирался в данном случае на то, что, как он уже отметил в решении по делу *Об ордере на арест*, «in international law it is firmly established that ... certain holders of high-ranking office in a State, such as the Head of State... enjoy immunities from jurisdiction in other States, both civil and criminal» и что «[a] Head of State enjoys in particular «full immunity from criminal jurisdiction»³⁹. При этом и в решении *Об ордере на арест* также ничего не говорится о том, что конголезские власти должны были проинформировать власти Бельгии об иммунитете своего министра иностранных дел для того, чтобы вопрос об иммунитете был рассмотрен⁴⁰.

22. Действительно, не вполне понятно, почему речь должна идти только о презумпции иммунитета, а не просто об иммунитете. Но в любом случае — имеем ли мы дело с «абсолютной и, возможно, непроверяемой» презумпцией персонального иммунитета лиц, принадлежащих к «тройке», или просто с их персональным иммунитетом, — можно, по-видимому, утверждать, что государство, которое осуществляет уголовную юрисдикцию в отношении иностранного главы государства, правительства или министра иностранных дел, должно само сделать вывод об иммунитете данного лица и о том, какие меры оно мо-

³⁵ “[D]ans le cas d’un chef de l’Etat en fonction (ou d’un ministre des affaires étrangères), la «présomption d’immunité» est absolue et, sans doute, irréfragable. Il est couvert par les immunités, un point c’est tout ; par contre, pour les autres fonctionnaires de l’Etat, cette présomption ne joue pas et l’octroi (ou le refus) des immunités doit être décidé au cas par cas, en fonction de tous les éléments de l’affaire. Ceci suppose que c’est aux juges nationaux qu’il appartient d’apprécier si l’on se trouve face à des actes accomplis — ou non — dans le cadre des fonctions officielles.” *Case Concerning Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (Djibouti v. France), Oral Proceedings, CR 2008/5, 25 janvier 2008, p.51, para. 77.

³⁶ Ibid., Oral Proceedings, CR 2008/6b 28 janvier 2008, p 52, para 7.

³⁷ См. пункт 16 выше.

³⁸ *Case Concerning Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (Djibouti v. France), Judgment, para 32., op.cit.

³⁹ Ibid, para 170.

⁴⁰ На сей счет см. мнение Дж. Буззини, сноска 34 выше.

жет принимать к такому лицу с учетом ограничений, вытекающих из иммунитета⁴¹. И для этого не требуется, чтобы государство такого должностного лица, обладающего персональным иммунитетом, уведомяло государство, осуществляющее юрисдикцию, об иммунитете.

23. В Предварительном докладе отмечалось, что иммунитетом *ratione personae* помимо тройки пользуются и некоторые другие высокопоставленные должностные лица⁴². Перечень таких должностных лиц в международном праве отсутствует. Специальный докладчик предложил в Предварительном докладе рассмотреть вопрос о критериях, которыми следует руководствоваться при определении того, пользуется ли то или иное высокопоставленное должностное лицо, не относящееся к «тройке», персональным иммунитетом⁴³. В частности, речь шла о том, что наряду с обеспечением участия государства в международных отношениях, критерием для отнесения должностного лица к числу лиц, пользующихся иммунитетом *ratione personae*, может быть важность функций, выполняемых данным высокопоставленным должностным лицом, для обеспечения суверенитета государства⁴⁴. Государство, начинающее осуществлять уголовную юрисдикцию в отношении высокопоставленного иностранного должностного лица, не входящего в «тройку», не обязано знать или предполагать, что это лицо соответствует упомянутым критериям и обладает персональным иммунитетом. Оно лишь должно уведомить государство должностного лица о принимаемых им мерах. Представляется логичным предположить, что, если государство такого должностного лица полагает, что это лицо соответствует упомянутым критериям и обладает персональным иммунитетом, то именно на этом государстве лежит бремя задействия иммунитета. В этом, процессуальном смысле персональный иммунитет высокопоставленных должностных лиц, не входящих в «тройку», аналогичен иммунитету *ratione materiae*.

24. Когда речь идет о главе государства, правительства или министре иностранных дел, вопрос об иммунитете *ratione personae* которых должно само поставить перед собой государство, осуществляющее юрисдикцию, логично предположить, что государство должностного лица не обязано предоставлять доказательства иммунитета, обосновывать его. Достаточно лишь, если это не очевидно⁴⁵, подтвердить официальный статус лица. Сделать это можно по ди-

⁴¹ Именно это обычно и происходит на практике. Суды либо самостоятельно рассматривают вопрос об иммунитете иностранного главы государства, либо адресуют запрос на сей счет органам исполнительной ветви власти своего государства, которые могут выдать заключение или рекомендацию с описанием полагающихся конкретному лицу привилегий и иммунитетов. *Cour de Cassation, Affaire Ghaddafi*, Arret no. 1414, 13 mars 2001, Cass Crim.1. См., например, решение по вопросу о выдаче ордера на арест в Нидерландах Президента Индонезии С.Юдойоно (суд самостоятельно установил, что Президент Индонезии как глава государства пользуется иммунитетом, и отказал в выдаче ордера на его арест, *Rechtbank s'Gravenhage, Sector civiel recht*, 377038/KG ZA 10-1220, 6 October 2010, available at: <http://www.rechtspraak.nl>). Также см. Решение Кассационного суда Бельгии по делу *А Шарона, А.Ярона и др.* в части, касающейся А.Шарона, — *Court of Cassation of Belgium: H.S.A. et al. v. S.A. et al. (Decision related to the indictment of Ariel Sharon, Amos Yaron and others)*, 12 February 2003, 42 ILM (2003) 596.

⁴² Предварительный доклад, пункты 117–121.

⁴³ Там же, пункт 121.

⁴⁴ Там же.

⁴⁵ Оставляя в стороне вопрос о значении признания для целей иммунитета (соображения Специального докладчика на этот счет содержатся в пункте 124 Предварительного

пломатическим каналам, даже если вопрос рассматривается в суде⁴⁶. Должно ли государство, задействующее функциональный иммунитет должностных лиц или персональный иммунитет высокопоставленных должностных лиц, не входящих в «тройку», принимать участие в разбирательстве в иностранном суде против должностного лица с тем, чтобы вопрос об иммунитете был рассмотрен, и предоставлять обоснование иммунитета?

25. В деле *О некоторых вопросах взаимной правовой помощи по уголовным делам* Франция утверждала, что вопрос об иммунитете *ratione materiae* должностных лиц должен в каждом случае решаться в иностранном суде. “The contrary, according to France, “would be devastating and would signify that all an official, regardless of his rank or functions, needs to do is assert that he was acting in the context of his functions to escape any criminal prosecution in a foreign State”. As functional immunities are not absolute, it is, in France’s view, for the justice system of each country to assess, when criminal proceedings are instituted against an individual, whether, in view of the acts of public authority performed in the context of his duties, that individual should enjoy, as an agent of the State, the immunity from criminal jurisdiction that is granted to foreign States...”⁴⁷. Международный Суд отметил в этой связи, что французские суды не были проинформированы Правительством Джибути о том, что действия должностных лиц Джибути были собственными действиями Джибути, и — в более общем плане — что государство “which seeks to claim immunity for one of its organs is expected to notify the authorities of the state concerned”⁴⁸. Таким образом, в решении Суда речь идет только об «информировании» или «уведомлении», но не говорится об «обосновании» иммунитета или того, почему можно утверждать, что действия должностных лиц совершались ими именно в официальном качестве, в качестве органов государства. В консультативном заключении по делу *О споре, касающемся иммунитета от юридического процесса Специального докладчика Комиссии по правам человека*, Международный Суд также не упоминает о необходимости для ООН обосновывать функциональный иммунитет ее должностного лица⁴⁹.

доклада), можно представить возможность отсутствия определенности в отношении статуса высокопоставленного лица, например, при функционировании переходного правительства (когда новый глава правительства был назначен, но прежний продолжает действовать), либо в результате конституционных реформ, влекущих существенное перераспределение ответственности между ключевыми постами в государстве.

⁴⁶ О способе задействования иммунитета говорится в пунктах 27–28 настоящего доклада.

⁴⁷ *Case Concerning Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, Judgment, para.189, op. cit.

⁴⁸ *Ibid.*, para 196. Государственный департамент США в своем заявлении в деле *Samantar* указывает, что: “The typical practice is for a foreign state to request a suggestion of immunity from the Department of State on behalf of its officials. ...Because the immunity belongs to the state, and not the individual, and because only actions by former officials taken in an official capacity are entitled to immunity under customary international law, the Executive Branch takes into account whether the foreign state understood its official to have acted in an official capacity in determining a former official’s immunity or non-immunity” (op.cit., сноска 26 supra, para. 11). Т.е., с одной стороны, речь здесь идет о «понимании», а не о доказывании государством должностного лица официального характера соответствующих действий последнего, а, с другой, — о том, что властями США это «понимание» учитывается при решении вопроса об иммунитете, хотя, по всей видимости, и не рассматривается в качестве обязывающего.

⁴⁹ В консультативном заключении говорится лишь, что Генеральный секретарь Организации Объединенных Наций как высшее должностное лицо Организации должен проинформировать правительство государства, осуществляющего юрисдикцию, о том, что

Вместе с тем в решении по делу *О некоторых вопросах взаимной правовой помощи по уголовным делам* Суд отметил, что “it has not been “concretely verified” before it that the acts which were the subject of the summonses as *témoins assistés* issued by France were indeed acts within the scope of their duties as organs of State”⁵⁰.

26. Заметим в этой связи следующее. Во-первых, Международный Суд говорит в приведенном пассаже только о том, что официальный характер действий должностных лиц Джибути не был «конкретно проверен» именно в самом этом суде. Французский суд в этом контексте не упоминается. Во-вторых, строго говоря, даже упоминая об отсутствии «конкретной проверки», Суд, повторим, ничего не говорит об обязанности Джибути обосновывать иммунитет или официальный характер действий ее должностных лиц, на котором он основывается. Как пишет, комментируя этот пассаж решения, Дж.П. Буззини, «[i]t may be argued, especially in the context of an alleged immunity from testimony, that a state wishing to invoke such immunity cannot be deemed to have a duty to substantiate its claim by providing detailed information or evidence which might possibly defeat the whole purpose of that immunity»⁵¹. Представляется, что эта логика действует в отношении задействия функционального иммунитета в целом, а не только применительно к иммунитету от дачи свидетельских показаний. Для обоснования в иностранном суде или перед лицом других органов власти иностранного государства официального характера действий своих должностных лиц государству должностного лица может потребоваться предоставить информацию весьма чувствительного для него характера, раскрыть сведения, относящиеся к его внутренним, суверенным делам. А именно на защиту этой сферы и направлен иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции⁵².

27. Отметим также, что Международный Суд в деле *О некоторых вопросах взаимной правовой помощи по уголовным делам* говорит об уведомлении «властей» государства, осуществляющего юрисдикцию, не сводя дело к уведомлению судов. Указание Международным Судом на то, что уведомляться могут «власти» государства, осуществляющего юрисдикцию, а не только суды, свидетельствует, как представляется, о том, что Суд не счел обязательным для го-

лицо на службе Организации действовало в официальном качестве и пользуется иммунитетом. Уже на этом основании создается правовая позиция, предусматривающая соответствующие обязательства государства, осуществляющего юрисдикцию, и эта позиция — в силу того, что она признана Судом «презумпцией», — не требует доказывания и может быть опровергнута только на основании исключительно убедительных причин. См. *Difference Relating to Immunity from Legal Process...*, op.cit., paras. 60, 61.

⁵⁰ Case Concerning Certain Questions of Mutual Assistance in *Criminal Matters* (Djibouti v. France), Judgment, para. 191.

⁵¹ Buzzini D.P., op.cit., p. 467.

⁵² Базируясь на этих же соображениях в деле *Belhas et al. v Ya'alon* (при рассмотрении апелляции истца в связи с отказом окружного суда США принять гражданский иск к рассмотрению по причине наличия у ответчика функционального иммунитета), Апелляционный суд США в округе Колумбия указывает, что истребование документов (“discovery”), подтверждающих, что ответчик был надлежащим образом уполномочен Государством Израиль на совершение вменяемых ему действий, противоречило бы самой цели иммунитета (“As this Court found in El-Fadl, “in light of the evidence that [defendant] proffered to the district court and the absence of any showing by [plaintiff] that [defendant] was not acting in his official capacity, discovery would frustrate the significance and benefit of entitlement to immunity from suit.”). *Belhas et al. v. Moshe Ya'alon*, op.cit. (см. сноски 32 выше).

сударства должностного лица уведомлять о его иммунитете именно иностранный суд для того, чтобы иностранный суд рассмотрел вопрос об иммунитете. Государство должностного лица может задействовать иммунитет должностного лица по дипломатическим каналам, таким образом уведомить государство, осуществляющее юрисдикцию, и этого достаточно для того, чтобы суд этого государства должен был рассмотреть вопрос об иммунитете⁵³. Отсутствие обязанности государства обращаться непосредственно в иностранный суд вытекает из принципа суверенитета, суверенного равенства государств⁵⁴.

28. На практике государства могут вести себя по-разному⁵⁵. При желании они имеют возможность отстаивать иммунитет своих должностных лиц в иностранных судах. Другие могут ограничиться задействованием иммунитета по

⁵³ Аналогичный вывод вытекает и из консультативного заключения по делу о *Снопе, касающемся иммунитета от юридического процесса Специального докладчика Комиссии по правам человека* (см. *Difference Relating to Immunity from Legal Process...*, op.cit., paras. 60, 61). Кроме того, не исключено, что можно говорить об обязанности властей государства, получивших соответствующее уведомление, довести его до сведения национального суда, рассматривающего дело должностного лица, об иммунитете которого идет речь. Во всяком случае, в упомянутом консультативном заключении Международный Суд указал: “The governmental authorities of a party to the [Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations] are therefore under an obligation to convey such information to the national courts concerned, since a proper application of the Convention by them is dependent on such information”. Ibid., para. 61. В этом деле соответствующая обязанность властей государства, осуществляющего юрисдикцию, вытекает из обязательств по норме об иммунитете должностных лиц Организации Объединенных Наций, закрепленной в международном договоре. Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции основывается на общем международном праве. Следовательно, на общем международном праве должна основываться и упомянутая обязанность правительства государства, осуществляющего юрисдикцию.

⁵⁴ В комментарии к статье 6 Проекта статей о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности отмечается: “Appearance before foreign courts to invoke immunity would involve significant financial implications for the contesting State and should therefore not necessarily be made the condition on which the question of State immunity is determined. On the other hand, the present provision is not intended to discourage the court appearance of the contesting State, which would provide the best assurance for obtaining a satisfactory result”. Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property, with commentaries, 1991. *Yearbook of the International Law Commission*, 1991, vol. II, Part Two, p. 24.

⁵⁵ Различия в практике отстаивания иммунитета хорошо иллюстрирует пассаж из Решения Верховного суда Филиппин касательно рассмотрения ходатайства Священного Престола об отмене ранее вынесенных отказов в признании суверенного иммунитета Ватикана, против которого был вчинен гражданский иск. При рассмотрении вопроса о том, может ли Департамент международных связей Филиппин вступить в дело в качестве третьей стороны, Суд описывает практику задействования иммунитета государства в иностранном суде: “[W]hen a state or international agency wishes to plead sovereign or diplomatic immunity in a foreign court, it requests the Foreign Office of the state where it is sued to convey to the court that said defendant is entitled to immunity”. Затем, коснувшись вкратце некоторых особенностей данной практики в США и Великобритании, Суд отмечает: “In the Philippines, the practice is for the foreign government or the international organization to first secure an executive endorsement of its claim of sovereign or diplomatic immunity. But how the Philippine Foreign Office conveys its endorsement to the courts varies. In *International Catholic Migration Commission v. Calleja*, ... the Secretary of Foreign Affairs just sent a letter directly to the Secretary of Labor and Employment, informing the latter that the respondent-employer could not be sued because it enjoyed diplomatic immunity. In *World Health Organization v. Aquino* ... the Secretary of Foreign Affairs sent the trial court a telegram to that effect. In *Baer v. Tizon* ... the U.S. Embassy asked the Secretary of Foreign Affairs to request the Solicitor General to make, in behalf of the Commander of the United States Naval Base at

дипломатическим каналам, исходя из того, что соответствующие власти государства, осуществляющего юрисдикцию, сами доведут до сведения суда то, что государство должностного лица указало на иммунитет должностного лица, в отношении которого осуществляется юрисдикция⁵⁶. Государство может и не занимать какой-то одной из указанных позиций и действовать по обстоятельствам: в одних случаях заявлять об иммунитете своего должностного лица непосредственно в суд, в других — действовать только по дипломатическим каналам, в-третьих — использовать все возможности. Кроме того, следует иметь в виду, что при осуществлении уголовной юрисдикции вопрос об иммунитете может возникать на досудебной стадии. В таком случае вопрос о задействовании иммунитета в суде вообще может не возникнуть.

29. Для того чтобы задействовать функциональный иммунитет, государство должностного лица должно указать, что деяния, инкриминируемые должностному лицу, были совершены этим лицом в официальном качестве (т.е. являются деяниями самого государства). Именно государство должностного лица обладает прерогативой делать это, поскольку речь идет о его внутренней организации, его отношениях с его собственными должностными лицами. Как указывалось апелляционной палатой МТБЮ в решении по делу *Prosecutor v. Blaskic*, “customary international law protects the internal organization of each sovereign State: it leaves to each sovereign State to determine its internal structure and in particular to designate the individuals acting as State agents or organs. Each sovereign State has the right to issue instructions to its organs, both those operating at the internal level and those operating in the field of international relations, and also to provide for sanctions or other remedies in case of non-compliance with those instructions. The corollary of this exclusive power is that each State is entitled to claim that acts or transactions performed by one of its organs in its official capacity be attributed to the State, so that the individual organ may not be held accountable for those acts or transactions... The general rule under discussion is well established in international law and is based on the sovereign equality of States (*par in parem non habet imperium*). ...The general rule at issue has been implemented on many occasions, although primarily with regard to its corollary, namely the right of a State to demand for its organs functional immunity from foreign jurisdiction ...This rule

Olongapo City, Zambales, a “suggestion” to respondent Judge. The Solicitor General embodied the “suggestion” in a Manifestation and Memorandum as *amicus curiae*... In some cases, the defense of sovereign immunity was submitted directly to the local courts by the respondents through their private counsels ... In cases where the foreign states bypass the Foreign Office, the courts can inquire into the facts and make their own determination as to the nature of the acts and transactions involved”. *The Holy See, Petitioner, vs. The Hon. Eriberto U. Rosario, Jr., as Presiding Judge of the regional Trial Court of Makati, Branch 61 and Starbright Sales Enterprises, Inc., Respondents*. Republic of the Philippines, Supreme Courtm G.R.No. 101949 December 1, 1994. Available at: www.chanrobles.com/scdecisions/jurisprudence1994/dec1994/gr_101949_1994.php.

⁵⁶ В уже упомянутом деле *Belhas v. Ya'alon* (см. сноску 32 выше) об иммунитете бывшего генерала Сил обороны Израиля (служившего главой военной разведки) М. Яалона от гражданской юрисдикции США было заявлено в письме Посла Израиля в США Д. Аялона заместителю Государственного секретаря США Н. Бернсу. Данное письмо М. Яалон предъявил в суде первой инстанции, заявив ходатайство об отклонении иска, а впоследствии также в Апелляционной палате. В такой же форме был подтвержден официальный характер действий А. Дихтера, бывшего руководителя службы безопасности Израиля. А. Дихтер также выступил перед судом с ходатайством об отклонении иска. *Matar and ors v Dichter*, *op.cit.* (см. сноску 32 выше).

undoubtedly applies to relations between States *inter se*”⁵⁷. Упомянутая прерогатива государства должностного лица вытекает из суверенитета государства⁵⁸.

30. В то же время, как представляется, стоит прислушаться к Р. Ван Алебеек, которая пишет: “The rule of functional immunity does not ... oblige courts to blindly accept *any* claim of a foreign state that an official has acted under its authority. A court may independently inquire into the reasonableness of such claim”⁵⁹.

⁵⁷ ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, IT-95-14-AR108 bis, Appeals Chamber, Judgment on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997 (29 October 1997), para.41 (available at <http://www.icty.org/x/cases/blaskic/acdec/en/71029JT3.html>). С аналогичных позиций Международный Суд подошел к вопросу о прерогативах Генерального Секретаря Организации Объединенных Наций в отношении должностных лиц Организации в Консультативном заключении в деле о *Споре, касающемся иммунитета от юридического процесса Специального докладчика Комиссии по правам человека*. Суд, в частности, указал: “As the Court has observed, the Secretary-General, as the chief administrative officer of the Organization, has the primary responsibility to safeguard the interests of the Organization; to that end, it is up to him to assess whether its agents acted within the scope of their functions and, where he so concludes, to protect these agents, including experts on mission, by asserting their immunity”. *Difference Relating to Immunity from Legal Process...* op.cit., para. 60.

⁵⁸ *Prosecutor v. Blaškić*, Judgment on the Request of the Government of Croatia..., op.cit., para 41. Как отмечает F.Seyersted, “The organic jurisdiction of a state implies that all its relations with — and all relations between and within — its organs and officials as such are governed by the public law and by the executive and judicial organs of that State and not by the public or private law or the organs of any other State” (in “Jurisdiction over Organs and Officials of States, the Holy See and Intergovernmental Organisations”, 14 ICLQ 1965, p. 33). В свою очередь М. Шо применительно к статусу главы государства (и, в частности, в связи с отказом от иммунитета) также отсылает к правопорядку государства, в котором служит соответствующее должностное лицо (“First, the question of the determination of the status of the head of state before domestic courts is primarily a matter for the domestic order of the individual concerned. In Republic of the Philippines v. Marcos (No. 1), for example, the US Court of Appeals for the Second Circuit held that the Marcoses, the deposed leader of the Philippines and his wife, were not entitled to claim sovereign immunity. In a further decision, the Court of Appeals for the Fourth Circuit held in *In re Grand Jury Proceedings Doe No. 770* that head of state immunity was primarily an attribute of state sovereignty, not an individual right, and that accordingly full effect should be given to the revocation by the Philippines government of the immunity of the Marcoses.” M.N.Shaw, *International Law*, 6th ed., 2008, Cambridge Univ. Press, p. 736. Об этом же говорит М.Томонори: “It has incontestably been stated that, “[i]t is the national legal order, the law of the state, which determines under what conditions an individual acts as an organ of the state””(здесь автор ссылается на Х.Кельзена — Hans Kelsen, *Principles of International Law* (1952), p. 117; М.Томонори, “The Individual as Beneficiary of State Immunity: Problems of the Attribution of Ultra Vires Conduct”, 29 *Denver Journal of Int’l Law and Policy*, 2001. P. 276. J.-Y. Morin, отвечая на вопросы Докладчика в ходе разработки Резолюции Института 2009 года., упоминает об установленном принципе “selon lequel chaque Etat est libre de d’attribuer lui-même l’exercice de ses competences à des personnes qu’il désigne comme ses agents”, *Travaux préparatoires, The Fundamental Rights of the Person and the Immunity from Jurisdiction in International Law*, *Annuaire de l’Institut de droit international, Session de Naples. Vol. 73 (2009)*, p. 19.

⁵⁹ Van Alebeek, R. *The Immunity of States and their Officials in the Light of International Criminal Law and International Human Rights Law*, 2006, p. 166. Р. ван Алебеек пишет далее: “Certain acts are so inherently personal that it cannot be reasonably claimed that they were performed under authority of a state. It is hard to dispute, for instance, that a head of state that murders the proverbial gardener in a fit of rage was committing anything but a purely private crime. Likewise, the veil of state authority could not convincingly cover the trade in narcotic substances for purely private benefit. That such a purely private act is committed during the exercise of an official's functions does not make a difference. In sum, the claim that acts should

Действительно, «слепо принимать любое» такое заявление государства должностного лица иностранный суд (так же как и другие власти государства, осуществляющего юрисдикцию) не обязан. Но и не считаться с такими заявлениями, если только из обстоятельств дела с очевидностью не вытекает иное, суд не может, поскольку, как отмечалось выше, прерогатива характеризовать поведение должностного лица в качестве официального, своего, принадлежит государству должностного лица, а не государству, осуществляющему юрисдикцию. Пожалуй, здесь может быть уместным задаться вопросом о том, нет ли презумпции официального характера деяния или поведения должностного лица, если таковым его называет государство должностного лица. По крайней мере, на схожую презумпцию указал Международный Суд в деле о *Споре, касающемся иммунитета от юридического процесса Специального докладчика Комиссии по правам человека*. Один из основных элементов ситуации, являвшейся предметом рассмотрения в этом деле, состоял в следующем. Юридический советник ООН, действуя от имени Генерального секретаря Организации Объединенных Наций, уведомил правительство Малайзии о том, что Специальный докладчик Комиссии, совершая действия, ставшие предметом разбирательства в суде Малайзии, действовал в официальном качестве и, соответственно, пользовался иммунитетом в отношении этих действий⁶⁰. Таким образом, речь шла об иммунитете должностного лица ООН *ratione materiae*, основанном на том, что действия этого лица совершались им в официальном качестве, о чем Организация и уведомила Малайзию. Суд в этой связи указал: “When national courts are seized of a case in which the immunity of a United Nations agent is in issue, they should immediately be notified of any finding by the Secretary-General concerning that immunity. That finding, and its documentary expression, creates a presumption which can only be set aside for the most compelling reasons and is thus to be given the greatest weight by national courts”⁶¹. Как представляется, речь здесь

be attributed to the state rather than to the state official personally cannot be frivolously relied on by foreign states to protect their state officials”. Ibid. О критериях присвоения деяний или поведения должностных лиц государства самому этому государству шла речь во Втором докладе (см. пункт 26 и далее). Сама Комиссия подробно рассматривала этот вопрос в ходе работы над проектами статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния (Draft Articles of Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries (2001), in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two. См., в частности, статьи 4 и 7 и комментарии к ним. Ibid., pp.40–42, 45–47).

⁶⁰ “Acting on behalf of the Secretary-General, the Legal Counsel considered the circumstances of the interview and of the controverted passages of the article and determined that Dato' Param Cumaraswamy was interviewed in his official capacity as Special Rapporteur on the Independence of Judges and Lawyers, that the article clearly referred to his United Nations capacity and to the Special Rapporteur's United Nations global mandate to investigate allegations concerning the independence of the judiciary, and that the quoted passages related to such allegations. On 15 January 1997, the Legal Counsel, in a note verbale addressed to the Permanent Representative of Malaysia to the United Nations, therefore “requested the competent Malaysian authorities to promptly advise the Malaysian courts of the Special Rapporteur's immunity from legal process “with respect to that particular complaint””. *Difference Relating to Immunity from Legal Process...*, Request for Advisory Opinion transmitted to the Court pursuant to Economic and Social Council decision 1998/297 of 5 August 1998 (Note by the Secretary-General “Privileges and Immunities of the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights on the Independence of Judges and Lawyers”, para.6). Available at: <http://www.icj-cij.int>.

⁶¹ *Difference Relating to Immunity from Legal Process...*, op.cit., para.61.

идет не только о презумпции функционального иммунитета, но и о презумпции официального характера действий должностного лица, возникающей в случае, если Организация, на службе которой состоит должностное лицо, уведомляет о таком характере действий должностного лица государство, осуществляющее юрисдикцию⁶².

31. Изложенное выше в отношении отсутствия обязанности государства должностного лица, обладающего функциональным иммунитетом, принимать участие в судебном разбирательстве, в том числе уведомлять непосредственно иностранный суд об иммунитете этого лица, с тем, чтобы суд рассмотрел вопрос об иммунитете, относится, как представляется, и к ситуации, когда речь идет о персональном иммунитете высокопоставленных должностных лиц, не входящих в «тройку». В этом случае государство должностного лица также не обязано принимать участие в судебном разбирательстве и может информировать об иммунитете своего должностного лица только правительство (а не обязательно суд) государства, осуществляющего юрисдикцию, для того, чтобы вопрос об иммунитете был рассмотрен соответствующими органами власти иностранного государства, в том числе судом. Вместе с тем, учитывая обстоятельства, о которых говорилось в параграфе 23 настоящего доклада, государство должностного лица должно представить обоснование того, что это лицо с точки зрения его статуса и функций соответствует критериям, позволяющим утверждать, что оно, не будучи главой государства, правительства или министром иностранных дел, пользуется, тем не менее, персональным иммунитетом. Вопрос о статусе, функциях, важности для реализации суверенитета государства должностного лица относится к внутренней компетенции этого государства так же, как и вопрос о том, носят ли действия должностного лица официальный характер⁶³. Поэтому государство, осуществляющее юрисдикцию, не может игнорировать такое задействование персонального иммунитета иностранного должностного лица, даже если оно не входит в «тройку». В то же время, как и в случае с характеристикой действий должностного лица как официальных, оно не обязано «слепо принимать любое» такое заявление государства должностного лица.

С. Отказ от иммунитета⁶⁴

32. Как отмечалось в комментарии Комиссии к Проекту статей о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, иммунитет государства не применяется, когда это государство согласилось с осуществлением в отноше-

⁶² Аналогичными соображениями, по всей видимости, руководствовались окружной и апелляционный суды округа Колумбии США, признавая иммунитет генерала М. Яалона от гражданского иска, поданного от имени пострадавших от военных акций израильских вооруженных сил. Апелляционный суд, в частности, указывает в решении от 15 февраля 2008 года: "In light of the absence of any indication in the complaint that General Ya'alon acted outside his scope of authority and the Israeli ambassador's statement that his actions were within the authority given to him by the State of Israel, General Ya'alon qualifies for the immunity provided by the FSIA".

⁶³ Как отмечал на шестидесятой сессии Комиссии член КМП М.Хмуд, "[t]he status of an official was a matter to be decided by the State entitled to immunity pursuant to its domestic law and it was not a matter of discretion for the authorities of the State exercising jurisdiction". A/CN.4/SR.2985, 25 July 2008, p. 25.

⁶⁴ Меморандум Секретариата, пункты 246–269.

нии него юрисдикции другого государства⁶⁵. Отсутствие такого согласия является важным элементом иммунитета⁶⁶. Согласие государства с осуществлением в отношении него юрисдикции другим государством является сутью отказа от иммунитета. Представляется, что это полностью относится и к иммунитету должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции⁶⁷. Как отмечается в Меморандуме Секретариата, “[t]he rationale underlying waiver of immunity — like the rationale for immunity itself — is based on the sovereign equality of States and the principle of *par in parem non habet imperium*”⁶⁸.

33. В параграфе 15 настоящего доклада содержится напоминание о том, что в Предварительном докладе говорилось о принадлежности иммунитета не самому должностному лицу, а государству должностного лица. Соответственно только это государство может юридически значимо задействовать иммунитет своего должностного лица. Эта же логика применима к отказу от иммунитета. То, что право отказа от иммунитета должностного лица, будь то иммунитет *ratione personae* или иммунитет *ratione materiae*, принадлежит государству, а не самому должностному лицу, практически общепризнанно⁶⁹. Применительно к

⁶⁵ “State immunity ... does not apply if the State in question has consented to the exercise of jurisdiction by the court of another State. There will be no obligation ... on the part of a State to refrain from exercising jurisdiction, in compliance with its rules of competence, over or against another State which has consented to such exercise. The obligation to refrain from subjecting another State to its jurisdiction is not an absolute obligation. It is distinctly conditional upon the absence or lack of consent on the part of the State against which the exercise of jurisdiction is being sought.” Commentary to draft article 7, Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property (with commentaries), 1991. *Yearbook of the International Law Commission, 1991*. Vol. II, Part Two, p.26.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Применительно к иммунитету главы государства А.Уаттс пишет: “Where an immunity exists, it may be waived and consent given to the exercise of jurisdiction...”. A.Watts “The legal position in international law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers” *RdC*, 1994-III, p. 67.

⁶⁸ Меморандум Секретариата, пункт 249.

⁶⁹ См. Меморандум Секретариата, пункт 265. Как отмечается в решении Международного Суда по делу *Об ордере на арест*, должностные лица государства “will cease to enjoy immunity from foreign jurisdiction if the State which they represent or have represented decides to waive that immunity”. *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2002*, para. 61. Как указывается в Statement of Interest of the United States of America в деле *Samantar*, “[b]ecause the immunity is ultimately the state’s, a foreign state may waive the immunity of a current or former official, even for acts taken in an official capacity”. При этом правительство США ссылается на дело *In re Doe* (в рамках этого дела оспаривалась выдача судом первой инстанции повесток Ф.Маркосу, бывшему президенту Филиппин, и его жене. U.S.Court of Appeals, 2nd circuit, 860 F.2d 40), в решении по которому отмечалось: “Because it is the state that gives the power to lead and the ensuing trappings of power — including immunity — the state may therefore take back that which it bestowed upon its erstwhile leaders”. В деле *Yousuf v. Samantar*, Statement of Interest of the United States of America, op.cit. (см. сноску 26 выше), para. 10. См. также пункт 1 статьи 7 Резолюции Института 2001 года (“Le chef d’Etat ne jouit plus de l’inviolabilité, de l’immunité de juridiction ou de l’immunité d’exécution qui lui sont accordées en vertu du droit international lorsque son Etat y a renoncé. Cette renonciation peut être explicite ou implicite, pourvu qu’elle soit certaine. Il appartient au droit national de l’Etat intéressé de déterminer l’organe compétent pour décider de cette renonciation.”). Резолюция Института об иммунитете от юрисдикции государства и лиц, которые действуют от имени государства, в случае международных преступлений 2009 года содержит следующее положение об отказе от иммунитета: “States should consider waiving immunity where international crimes are allegedly committed by their agents” (Article II (3)). Очевидно, впрочем, что здесь предусмотрено не только право

персоналу дипломатического представительства этот вывод был сделан в Комиссии еще при подготовке проекта статей о дипломатических сношениях⁷⁰, и затем Комиссия исходила из него при работе над проектами статей о консульских сношениях, о специальных миссиях и о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера⁷¹. С этим выводом согласились государства, включив в принятые на основе упомянутых проектов статей конвенции соответствующие положения⁷². Нет оснований полагать, что этот вывод не относится ко всем должностным лицам государства⁷³.

34. Вопрос о том, какой орган государства компетентен отказываться от иммунитета должностных лиц, решается самим этим государством в рамках его

государства как носителя иммунитета отказаться от него, но и рекомендация поступать именно таким образом в случае совершения преступлений.) See also, for example, Brownlie I., *Principles of International Law*, 6th ed., Oxford Univ. Press, 2003, p. 335; Buzzini G.P., *op. cit.*, p. 474. Dominice Ch. "Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef d'Etat", RGDIP No. 2, 1999, pp. 297–308 ("Les immunités, leurs contours et leurs limites, sont fixées par le droit international. Lorsqu'elles existent, c'est effectivement l'Etat qui peut renoncer a son immunité ou a celle de l'un de ses organes". p. 306). "It is the State which is the real beneficiary of the immunity, and it is the State which may waive it, irrespective of the wishes of the person claiming the immunity" in 'An Introduction to International Criminal Law and Practice', 2nd ed., 2010, Cambridge University Press, R.Cryer et al, p. 534. М.Шо в связи с рассмотрением отказа от иммунитета дипломатических представителей отмечает, что в деле "*Fayed v. Al-Tajir* [1987 2 All ER 396] the Court of Appeal referred to an apparent waiver of immunity by an ambassador made in pleadings by way of defence. Kerr LJ correctly noted that both under international and English law, immunity was the right of the sending state and that therefore 'only the sovereign can waive the immunity of its diplomatic representatives. They cannot do so themselves.'" M.N.Shaw, *op.cit.*, p. 771.

⁷⁰ См. обсуждение вопроса об отказе от иммунитета во время работы над проектами статей о дипломатических сношениях и иммунитетах на девятой сессии КМП 27 мая 1957 года, *Yearbook of the International Law Commission*, 1957, vol. I, pp. 111–113. Комиссия без возражений приняла проект пункта 1 статьи 21, предусматривающий, что отказ от иммунитета является актом государства. В принятых Комиссией проектах данное положение нашло место в пункте 1 статьи 30: "The immunity of its diplomatic agents from jurisdiction may be waived by the sending State". *Yearbook of the International Law Commission*, 1958, Vol. II, p. 99.

⁷¹ Характерен комментарий Комиссии к статье 45 Проекта статей о консульских сношениях: "The capacity to waive immunity is vested exclusively in the sending State, for that State holds the rights granted under these articles. The consular officer himself has not this capacity." *Yearbook of the International Law Commission*, 1961, Vol. II, p. 118.

⁷² Венская конвенция о дипломатических сношениях 1961 года (статья 32), Венская конвенция о консульских сношениях 1963 года (статья 45), Конвенция о специальных миссиях 1969 года (статья 41) и Венская конвенция о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера 1975 года (статья 31, статья 61).

⁷³ Исследуя в общем плане вопрос о правомерности отказа государства от иммунитета, в частности, главы государства, Апелляционный суд США опирается и на аналогию с дипломатическим иммунитетом: "Related principles of diplomatic immunity support the conclusion that head-of-state immunity can be waived by the sovereign....Clearly, an individual enjoys diplomatic immunity only at the pleasure of that individual's state. It is true that this provision of the Vienna Convention [on Diplomatic Relations] applies only to diplomats, but we see no reason that its rationale should not also apply to heads of state. It would be anomalous indeed if a state had the power to revoke diplomatic immunity but not head-of-state immunity." *In re Grand Jury Proceedings, John Doe # 700*, U.S. Court of Appeals, Forth Circuit, 5 May 1987, 817 F.2d 1108.

внутренней организации и, как представляется, не является предметом международно-правового регулирования⁷⁴. Однако отдельного внимания в этом контексте заслуживает ситуация с отказом от иммунитета должностных лиц государства, входящих в «тройку» (речь, естественно, идет о таких действующих должностных лицах)⁷⁵.

35. Глава государства и во многих случаях глава правительства являются высшими должностными лицами государства. Они и министр иностранных дел считаются представляющими его в международных отношениях без необходимости предъявления дополнительных полномочий. В этой связи возникает вопрос, могут ли они сами отказываться от иммунитета от иностранной юрисдикции, которым пользуются.

36. Этот вопрос носит в известной мере гипотетический характер. Как отмечает М.А.Тункс, “[i]n practice, it is extremely uncommon for a sitting head of state’s immunity to be waived because he is often the person who has the power to control whether or not to issue a waiver”⁷⁶. В доктрине обращают на себя внимание две точки зрения. Как отмечал применительно к главам государств А.Уаттс, “[w]aiver of a Head of State’s immunity ... is complicated by the fact that he is the ultimate authority within his own State”⁷⁷. По его мнению, принимая во

⁷⁴ Во втором абзаце пункта 1 статьи 7 Резолюции Института 2001 года (см. сноску 33) об этом сказано прямо: “Il appartient au droit national de l’Etat intéressé de déterminer l’organe compétent pour décider de cette renonciation”.

⁷⁵ Как отмечал Дж. Верхувен, “[s]i problème il y a, il concerne surtout la personne qui se trouve au faite de la hiérarchie et qui n’a pas de supérieur immédiat auquel on puisse se référer, ce qui vise principalement le chef de l’État étranger”. Joe Verhoeven (dir.) *Droit international des immunités: contestation ou consolidation?*, 2004, Larcier, p. 114.

⁷⁶ М.А.Тункс, “Diplomats or Defendants? Defining the Future of Head-of-State Immunity”, 52, *Duke Law Journal* (2002) 651, p. 673, fn. 123. Далее он выукло иллюстрирует данный тезис, ссылаясь на дело *Lafontant v. Aristide*: “This catch-22 is illustrated in the *Aristide* case. The de facto Haitian government supported the lawsuit and tried to waive Aristide’s immunity, but it was unable to do so because Aristide represented the only Haitian government recognised by the United States; consequently, only Aristide could waive his own immunity”. Ibid. Рассматривая гипотетическую возможность отказа от иммунитета в деле *Howland v. Resteiner*, Федеральный окружной суд США отмечает: “[E]ven if head-of-state immunity does apply to former heads of state, that immunity may be waived at any time either by Dr. Mitchell in his present capacity as the head of state of Grenada or by any subsequent administration that should come into power after Dr. Mitchell’s tenure has ended” (предметом рассмотрения стала подача гражданского иска против трех ответчиков, среди которых К.Митчел, премьер-министр Гренады, а также его жена М.Митчел; судом признан иммунитет этих двоих лиц от иска с учетом Заявления об иммунитете, сделанного Государственным департаментом США, и отсутствия отказа от иммунитета, однако без ущерба для возможной повторной подачи иска). *Charles C. Howland v. Eric E. Resteiner, et al.* U.S. District Court, E.D. New York, No. 07-CV-2332, 5 December 2007. Available at: <http://www.westlaw.com>. Сама возможность отказа от иммунитета главы государства сомнений не вызывает. Об этом, например, говорит Резолюция Института 2001 года (статья 7 (1)). Кроме того, например, Y.Dinstein в ходе работы Института над проектом Резолюции 2009 года отметил, что “the capacity to waive immunity was vested in the State and not in the individual who benefited from it. This was true even when the immunity was labeled «personal immunity», since immunity was never personal in the full sense of the word. If the State exercised its option of waiving that «personal immunity», the person concerned (regardless of his or her wishes) was subject to the exercise of the very jurisdiction that he or she was trying to avoid”. *Annuaire de l’Institut de droit international. Session de Naples, Vol.73* (2009), p.199 (available at: <http://www.idi-iil.org>).

⁷⁷ Watts A., *op.cit.*, p.67.

внимание то, что глава государства является высшим органом государства, его отказ от иммунитета будет действительным⁷⁸. Дж.Верхувен, однако, считает, что глава государства сам не может отказаться от иммунитета, т.к. они “protègent des fonctions qu’il exerce dans le seul intérêt de l’Etat a la tête duquel il se trouve”⁷⁹. Дж.Верхувен указывает, что прерогатива отказа от иммунитета главы государства принадлежит компетентным властям этого государства⁸⁰. То, какие власти являются компетентными для целей отказа от иммунитета, определяется, как и в случаях отказа от иммунитета других должностных лиц, внутренним правом данного государства⁸¹.

37. Логика А.Уаттса, основанная на иерархии должностных лиц и государственных органов, по-видимому, предполагает, что министр иностранных дел не может сам отказаться от иммунитета, т.к. эта должность не является высшей в государстве и всегда есть более высокое должностное лицо или орган власти, которые могут отказаться от иммунитета министра иностранных дел. Ситуация с главой правительства при таком подходе не ясна: в каких-то странах глава правительства является высшим должностным лицом, в других — нет.

38. Возможно, на этот вопрос стоит посмотреть исходя из того, что все три должностных лица считаются представляющими государство в международных отношениях в силу своей должности. Если учитывать это обстоятельство, а не только иерархические соображения, то можно предположить, что государство, осуществляющее уголовную юрисдикцию против такого должностного лица и получившее от него отказ от иммунитета, имеет право полагать, что такова воля государства этого должностного лица, по крайней мере, до тех пор, пока оно не получит от этого государства уведомления об ином.

39. Наряду с вопросом о том, кто имеет право отказаться от иммунитета должностного лица, требует рассмотрения и вопрос о форме отказа от иммунитета⁸². Должен ли отказ от иммунитета должностного лица быть всегда определенно выраженным, или достаточно подразумеваемого отказа, или, независимо от того, является ли он определенно выраженным или подразумеваемым, достаточно того, чтобы он был ясным?

40. Комиссия рассматривала этот вопрос при подготовке проектов статей о дипломатических сношениях, о консульских сношениях, о специальных миссиях, о представительстве государств в их отношениях с международными организациями и о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности. Определяющей для первых четырех проектов статей в этом отношении была работа Комиссии над проектом статей о дипломатических сношениях. В

⁷⁸ Ibid., p. 68. А.Уаттс отдельно рассматривает отказ от иммунитета главы государства в отношении действий, совершенных в официальном качестве, и действий, совершенных в личном качестве, и в обоих случаях делает вывод о том, что отказ от иммунитета может быть сделан самим главой государства. Хотя, по его мнению, применительно к действиям в личном качестве возможность отказа от иммунитета самого главы государства более очевидна. Ibid.

⁷⁹ Institut de droit international, Annuaire, Vol. 69, 2000–2001, Session de Vancouver, 2001, Travaux préparatoires et délibérations de l’Institut, p. 550.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ См. уже упомянутый (сноска 74 выше) второй абзац пункта 1 статьи 7 Резолюции Института 2001 года. См. также Verhoeven J., Rapport Provisoire, par. 34, *ibid.*, p. 534.

⁸² “An important question with regard to waiver of immunity of State officials is what form such a waiver can take.” Меморандум Секретариата, пункт 250.

подготовленном КМП проекте статьи об отказе от иммунитета дипломатического агента говорилось, что “in criminal proceedings, the waiver must always be express”⁸³. В комментарии к этому положению Комиссия отметила: “A distinction is drawn between criminal and civil proceedings. In a former case, the waiver must always be express. In civil, as in administrative proceedings, it may be express or implied...”⁸⁴. Однако государства решили иначе, и требование о том, чтобы отказ от иммунитета был всегда определенно выраженным, предусмотрено пунктом 2 статьи 32 Венской конвенции о дипломатических сношениях 1961 года, относится к иммунитету как от уголовной, так и от гражданской юрисдикции⁸⁵. Аналогичным образом сформулированы положения об отказе от иммунитета в Венской конвенции о консульских сношениях 1963 года (пункт 2 статьи 45), Конвенции о специальных миссиях 1969 года (пункт 2 статьи 41) и в Венской конвенции о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера 1975 года (пункт 2 статьи 31 и пункт 2 статьи 61)⁸⁶. Отметим, что требование об определенно выраженном отказе от иммунитета, за исключением Конвенции о консульских сношениях, относится к лицам, обладающим персональным иммунитетом от иностранной уголовной юрисдикции. Причем во всех случаях речь идет о лицах, известных государству пребывания, статус которых также хорошо известен ему. Сюда относятся и консульские должностные лица и консульские служащие, пользующиеся только функциональным иммунитетом.

41. Известен ряд решений национальных судов, в которых говорится о необходимости определенно выраженного отказа от иммунитета главы государства. В Меморандуме Секретариата в качестве примеров таких решений приводятся решение Федерального Трибунала Швейцарии по делу *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office federal de la police*⁸⁷, Окружного суда восточного округа Нью-Йорка по делу *Lafontant v. Aristide*⁸⁸, Апелляционного суда Великобритании по делу *Ahmed v. Government of the Kingdom of the Saudi Arabia*⁸⁹.

42. Определенно выраженный отказ от иммунитета (определенно выраженное согласие государства должностного лица на осуществление другим государством уголовной юрисдикции в отношении должностного лица) может быть сформулирован в виде односторонней декларации или нотификации государства должностного лица или путем заключения этим государством международ-

⁸³ Para. 2, Article 30. Yearbook of the International Law Commission, 1958, Vol. II, p. 99.

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Только явно выраженный отказ, по мнению, высказанному рядом делегаций на конференции, может быть достаточным свидетельством действительного намерения направляющего государства отказаться от принадлежащего ему иммунитета. А поскольку иммунитет защищает в первую очередь государство (в то время как дипломатический агент им лишь пользуется), нет оснований проводить для целей отказа от иммунитета различия между уголовной и гражданской юрисдикцией. См. *United Nations Conference on Diplomatic Intercourse and Immunities*, (A.CONF.20/14) Official Records, Vol. I, p. 174 и далее.

⁸⁶ Очевидно, впрочем, что все эти конвенции допускают подразумеваемый отказ от иммунитета от гражданской юрисдикции. В частности, схожие положения всех упомянутых статей указывают, что возбуждение дела лицом, пользующимся иммунитетом, лишает его права ссылаться на иммунитет от юрисдикции в отношении любого встречного иска, непосредственно связанного с основным иском. См. сноску 109 ниже.

⁸⁷ Memorandum by the Secretariat, para. 251.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Ibid.

ного договора с государством, осуществляющим юрисдикцию. Это может быть сделано применительно к конкретному должностному лицу или лицам, фигурирующим в соответствующем уголовном деле, или в более общем плане. Оба эти способа определенно выраженного отказа от иммунитета фигурируют в пункте 1 статьи 7 Конвенции о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности 2004 года⁹⁰.

43. Вопрос о форме отказа от иммунитета бывшего главы государства затрагивался в деле *Пиночета*. В Меморандуме Секретариата содержится достаточно подробный анализ в этом аспекте дела и посвященных ему научных комментариев⁹¹. В частности, там отмечается: “[I]n Pinochet (№ 3), the issue of waiver revolved around Chile’s ratification of the Convention Against Torture, and the waiver was addressed on some level by all seven of the Lords. While one Lord considered this to be a case of express waiver, six Lords did not even consider it to be a case of implied waiver, yet five of seven Lords concluded that it ultimately operated so as to manifest Chile’s to have its former head of State subject to jurisdiction”⁹². Как отметил Лорд Савилл, “[i]t is ... said that any waiver by states of immunities must be express, or at least unequivocal. I would not dissent from this as a general proposition, but it seems to me that the express and unequivocal terms of the Torture Convention fulfill any such requirement”⁹³. С этим не согласился Лорд Гофф, по мнению которого, Конвенция не содержит ни определенно выраженного, ни подразумеваемого отказа от иммунитета. Он отметил, в частности: “[I]t appears to me to be clear that, in accordance both with international law, and with the law of this country which on this point reflects international law, a state’s waiver of its immunity by treaty must ... always be express. Indeed, if this was not so, there could well be international chaos as the courts of different state parties to a treaty reach different conclusions on the question whether a waiver of immunity was

⁹⁰ В комментариях к проектам статей о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности Комиссия, в частности, раскрывает свой подход к положениям, сформулированным затем в пункте 1 статьи 7 Конвенции о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности 2004 года (“[T]here appear to be several recognizable methods of expressing or signifying consent. ... [T]he consent should not be taken for granted, nor readily implied. Any theory of “implied consent” as a possible exception to the general principles of State immunities outlined in this part should be viewed not as an exception in itself, but rather as an added explanation or justification for an otherwise valid and generally recognized exception. There is therefore no room for implying the consent of an unwilling State which has not expressed its consent in a clear and recognizable manner, including by the means provided in article 8... An easy and indisputable proof of consent is furnished by the State’s expressing its consent ... in writing on an ad hoc basis for a specific proceeding before the authority when a dispute has already arisen. ... [I]f consent is expressed in a provision of a treaty concluded by States, it is certainly binding on the consenting State, and States parties entitled to invoke the provisions of the treaty could avail themselves of the expression of such consent. The law of treaties upholds the validity of the expression of consent to jurisdiction as well as the applicability of other provisions of the treaty”). Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property, with commentaries. *Yearbook of the International Law Commission, 1991*, vol. II, Part Two, p.27. Третий способ, предусмотренный Конвенцией, — письменный контракт — явно не имеет отношения к отказу от иммунитета от уголовной юрисдикции.

⁹¹ Memorandum of the Secretariat, paras.258–264.

⁹² Ibid., para. 258.

⁹³ *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet*, 24 March 1999 (Pinochet No.3). Available at: <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino7.htm>.

to be implied”⁹⁴. Получается при этом, что по сути оба Лорда говорят о том, что отказ от иммунитета, по крайней мере в виде международного договора, должен быть определенно выраженным⁹⁵.

44. В доктрине существует точка зрения, согласно которой некоторые международные договоры, не содержащие положений об отказе от иммунитета, тем не менее, не совместимы с иммунитетом. В качестве таких договоров указывают на договоры о правах человека, договоры, криминализующие определенные деяния и устанавливающие универсальную уголовную юрисдикцию в отношении таких деяний.⁹⁶ Соответственно, государство, согласившееся на обязательность для него такого договора, тем самым подразумевается отказывается от иммунитета его должностных лиц, нарушивших права человека, защищаемые этим договором, или совершившие деяния, криминализуемые этим договором⁹⁷. В Предварительном и Втором докладах говорилось о различиях между юрисдикцией, с одной стороны, и иммунитетом, — с другой, а также между материальными и, в ряде случаев, императивными нормами о правах человека и нормами, запрещающими и криминализующими некоторые деяния, с одной

⁹⁴ Ibid., available at: <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino3.htm>.

⁹⁵ Рассматривая вопрос о выражении подразумеваемого отказа от иммунитета государства согласно Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA) Окружной суд США в деле *Doe and ors v Israel and ors*, Motion disposition, 400 F Supp 2d 86, 95–96 (DDC 2005); ILDC 318 (US 2005) отмечает следующее: “An implicit waiver under this provision requires that the foreign sovereign “hav[e] at some point indicated its amenability to suit”, and that it have subjectively intended to do so”.

⁹⁶ Как ее описывает R.O’Keefe, доктрина подразумеваемого отказа от иммунитета “posits that when states enter into an international agreement creating or recognizing an international crime and imposing the obligation to punish it, this is logically incompatible with the upholding of immunity where the accused is a foreign state official. As such, the necessary implication is that these states have opted to waive in advance any state immunity presumptively attaching to the impugned conduct, insofar as it is inconsistent with the agreement. In short, the act of establishing universal and mandatory criminal jurisdiction in respect of potentially official conduct constitutes consent in advance to the exercise of that jurisdiction by foreign municipal courts, regardless of the doctrine of state immunity”. R. O’Keefe «The European Convention on State Immunity and International Crimes», *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol.2, 1999, p. 513.

Данную теорию автор доказывает путем толкования статьи 2(а) Европейской конвенции об иммунитете государств 1972 года, отмечая, в частности, что она «has at least the potential to sustain an argument based on implied waiver by inconsistent international agreement». Ibid., p. 517. Впрочем, для выявления подразумеваемого отказа, по его мнению, из договора должно недвусмысленно вытекать намерение его участников согласиться с осуществлением уголовной юрисдикции в отношении криминализуемых деяний иностранными судами. О таком намерении, он считает, будет свидетельствовать наличие обязательства осуществлять юрисдикцию (в том числе в виде принципа *aut dedere aut judicare*). Ibid. V.Koivu, в свою очередь, замечает, что для установления подразумеваемого отказа международный договор должен «expressly conflict with the applicable provisions of immunity». V.Koivu, «Head-of-State Immunity v. Individual Criminal Responsibility under International Law», *Finnish Yearbook of International Law*, Vol. XII (2001), p. 318.

⁹⁷ Хотя согласие на обязательность такого договора рассматривается чаще всего не как отказ от иммунитета, а как просто исключение из иммунитета или как ситуация отсутствия иммунитета наряду с возможностью отказа от иммунитета. См., например, Bradley, Curtis A. and Goldsmith, Jack Landman, *Foreign Sovereign Immunity, Individual Officials, and Human Rights Litigation*. Green Bag 2D, Vol. 13, p. 9, 2009; Harvard Public Law Working Paper No. 10–05, p. 22. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1485667>. Подробно этот вопрос рассматривался во Втором докладе, пункт 63 и далее.

стороны, и носящим процессуальный характер иммунитетом, с другой⁹⁸. Во Втором докладе делается вывод о том, что ни универсальная юрисдикция, ни эти нормы не уничтожают иммунитет⁹⁹. Эти соображения уместны и в данном случае. По тем же причинам согласие государства на обязательность для него такого рода международного договора не подразумевает согласия на осуществление иностранной уголовной юрисдикции в отношении его должностных лиц, т.е. отказ от их иммунитета. Кроме того, чтобы истолковать международный договор таким образом, чтобы прийти к выводу о том, что он подразумевает отказ от иммунитета должностных лиц государства, являющегося его стороной, нужны свидетельства того, что именно таковыми были намерение или воля этого государства. Между тем, как отмечает Дж. Верхувен применительно к договорам, посвященным преступлениям по международному праву, “[n]ul ne paraît toutefois y découvrir une volonté — implicite, mais certaine — de leurs signataires de déroger à l’immunité”¹⁰⁰.

45. Международный Суд в решении по делу *Об ордере на арест* весьма определенно высказался по вопросу о том, означает ли заключение государствами международного договора, криминализирующего определенные деяния и обязывающие государства распространить на них уголовную юрисдикцию, отказ этих государств от иммунитета их должностных лиц. Суд, в частности, указал: “[J]urisdiction does not imply absence of immunity, while absence of immunity does not imply jurisdiction. Thus, although various international conventions or the prevention and punishment of certain serious crimes impose on States obligations of prosecution or extradition, thereby requiring them to extend their criminal jurisdiction, such extension of jurisdiction in no way affects immunities under customary international law, including those of Ministers for Foreign Affairs. These remain opposable before the courts of a foreign State, even where those courts exercise such a jurisdiction under these conventions”¹⁰¹. Представляется, что это высказывание в полной мере относится и к соотношению договоров о правах человека и отказа от иммунитета.

⁹⁸ Предварительный доклад, пункты 64–70, Второй доклад, пункты 64–77.

⁹⁹ Пункты 64, 77 Второго доклада.

¹⁰⁰ Droit international des immunités: contestation ou consolidation?, Joe Verhoeven (dir.) 2004, Larcier, p. 123. Автор отмечает также: “[C]es conventions (génocide, torture, etc.) ne comportent aucune disposition écartant explicitement celle-ci et ... rien ne laisse croire, ni dans leurs travaux préparatoires ni ailleurs, que telle ait été la volonté implicite des États qui les ont négociées ou qui y sont devenus parties.” Ibid., p. 125.

¹⁰¹ *Arrest Warrant*, Judgment, para. 59. Применительно к Конвенции против пыток Xiaodong Yang отмечает: “...the Torture Convention is silent on the question of State immunity. The reason for this silence may be a matter of conjecture but one thing is clear, that is, in the absence of a specific provision dealing with State immunity, the interpretation and application of the Torture Convention should be subject to existing rules of international law pertaining to this matter. The existence of universal jurisdiction does not necessarily entail a loss of immunity, as has been affirmed in unequivocal terms by the ICJ”, “*Jus Cogens and State Immunity*”, *New Zealand Yearbook of International Law*, Vol.3, 2006, p.p. 144–145. Кассационный суд Бельгии, рассматривая вопрос об иммунитете А. Шарона в связи с обвинениями в совершении военных преступлений, указывает: “[T]he Geneva Conventions of August 12, 1949 as well as the Additional Protocols I and II to these Conventions contain no provision that would prevent the defendant from invoking jurisdictional immunity before Belgian courts”. *H.S.A. et al., v. S.A. et al., (Decision related to the Indictment of Ariel Sharon, Amos Yaron and others)*, Court of Cassation of Belgium, см. сноску 41 выше.

46. В целом в Меморандуме Секретариата отмечается “general reluctance to accept an implied waiver based on the acceptance of an agreement”¹⁰².

47. В Резолюции Института вместо выбора между явно выраженным или подразумеваемым отказом от иммунитета сделан акцент на ясности, недвусмысленности отказа от иммунитета. В ее статье 7 применительно к отказу от иммунитета главы государства говорится: “Such waiver may be explicit or implied, so long as it is certain”¹⁰³. Как отмечал в этой связи в своем докладе Дж.Верхувен, “[I]’important est d’ailleurs la: c’est que la volonté [de l’État] soit certain”¹⁰⁴. В качестве примера такого недвусмысленного волеизъявления государства, которое, не будучи определенно выраженным, может рассматриваться как подразумеваемый отказ от иммунитета, докладчик приводит ситуацию, когда правительство начинает процесс против бывшего главы государства¹⁰⁵.

48. Так ли это, однако, очевидно? Например, против бывшего главы государства (или другого должностного лица) может быть начат его государством процесс, и это государство даже может потребовать его выдачи от другого государства¹⁰⁶. Такой запрос явно означает отказ от иммунитета данного лица в отношении процессуальных действий, предпринимаемых иностранным государством для его выдачи. Но при этом государство может продолжать настаивать на иммунитете своего бывшего главы в отношении таких действий иностранного государства, которые могут быть предприняты последним в целях его собственного уголовного преследования данного лица или для целей его выдачи третьему государству¹⁰⁷. Да и в целом, как представляется, желание государства привлечь к ответственности свое бывшее должностное лицо совсем не означает, что это государство перестало считать деяния, о которых идет речь, совершенными в официальном качестве, и не тождественно согласию на осуществление против этого должностного лица иностранной уголовной юрисдикции, т.е. отказу от иммунитета. Скорее, наоборот: государство не хочет,

¹⁰² Меморандум Секретариата, пункт 259.

¹⁰³ Institut de droit international, Annuaire, Vol. 69, 2000-2001, Session de Vancouver, 2001, Travaux préparatoires et délibérations de l’Institut, p. 689.

¹⁰⁴ Ibid., p. 534.

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ Так, Перу на протяжении нескольких лет добивалось выдачи ему бывшего диктатора А.Фухимори, вначале из Японии (безуспешно по причине наличия у него гражданства Японии), а впоследствии из Чили. А.Фухимори был арестован в Чили по просьбе руководства Перу сразу же после приезда, а спустя некоторое время — в 2007 году — был выдан Перу для осуществления уголовного преследования. Насколько известно из описаний дела, вопрос наличия у А.Фухимори иммунитета при решении вопроса об аресте и в процессе рассмотрения запроса о выдаче не поднимался. См., например, M. Haas, “!Fujimori Extraditable!: Chilean Supreme Court Sets International Precedent for Human Rights Violations”, 39 *U. Miami Inter-Am. L. Rev.*, Winter 2008, p.p. 373–407.

¹⁰⁷ В деле *Lafontant v Aristide* окружной суд США отклонил аргумент о том, что выданный на Гаити в отношении Ж.-Б. Аристида ордер на арест может рассматриваться в качестве отказа от иммунитета главы государства. Кроме того, об отсутствии отказа от иммунитета Ж.-Б. Аристида было заявлено в письме Посла Гаити в США. Впрочем, решающим в данном деле для суда стало заявление об иммунитете Ж.-Б. Аристида, представленное Государственным департаментом США, из которого следует, что США не признавали правительство Гаити, в то время как находящийся в изгнании Ж.-Б. Аристид продолжал признаваться Соединенными Штатами в качестве единственно легитимного главы государства. *Lafontant v Aristide*, 844 F.Supp. 128, 137 (EDNY 1994), 103 ILR 581.

чтобы его бывшее должностное лицо преследовалось в иностранном государстве, но хочет привлечь его к ответственности само¹⁰⁸.

49. Наверное, можно представить ситуацию, когда государство просит иностранное государство осуществить какие-то уголовно-процессуальные меры против одного из своих действующих высших должностных лиц — главы государства, правительства или министра иностранных дел. Это, очевидно, предполагает отказ от иммунитета данного лица в отношении данных мер. Но такая ситуация, как представляется, носит гипотетический характер.

50. В конвенциях о дипломатических сношениях, консульских сношениях, специальных миссиях, представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера и о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности есть схожие положения, согласно которым возбуждение дела субъектом, пользующимся иммунитетом, лишает его права ссылаться на иммунитет от юрисдикции в отношении любого встречного иска, непосредственно связанного с основным иском¹⁰⁹. Очевидно, что речь здесь идет о гражданской юрисдикции. Однако уголовно-процессуальному законодательству многих стран известны те или иные формы инициативного участия пострадавших лиц в уголовном разбирательстве. Может ли оно рассматриваться как отказ от иммунитета от уголовно-процессуальных мер, осуществляемых в отношении должностного лица, если оно выступает пострадавшим в уголовном деле, в том числе осуществляемых в связи с ответными шагами лица, против которого ведется дело?

51. Как представляется, по общему правилу аналогия с ситуацией иммунитета от гражданской юрисдикции в случае инициирования пострадавшим уголовного процесса или вступления в него вряд ли уместна. В тех случаях, когда уголовный процесс ведется судебным следствием или государственным обвинением, процессуальные меры осуществляются, несмотря на участие потерпевшей стороны, властями соответствующего государства. В этом контексте важно то, что должностное лицо является только бенефициаром иммунитета, принадлежащего государству этого должностного лица. И это государство, ин-

¹⁰⁸ Возбуждение государством уголовного процесса против бывшего главы этого государства может сопровождаться согласием этого государства на осуществление юрисдикции в отношении этого лица иностранным государством (см., например, дело бывшего президента Боливии *Gonzalo Sanchez de Lozada* (предъявление ему в Боливии обвинений в совершении уголовных преступлений сопровождалось отказом Правительства Боливии от любого сохраняющегося у него иммунитета в отношении гражданского иска против него в США, который в результате был принят к рассмотрению. *Mamani, et al. vs. Jose Carlos Sanchez Berzain and Gonzalo Daniel Sanchez de Lozada Sanchez Bustamante*, U.S. District Court, Southern District of Florida, Miami Division, 9 November 2009, available at: http://www.law.harvard.edu/programs/hrp/documents/Mamani_Sanchez_Berzain_Sanchez_de_Lozada.pdf). Но это лишь подтверждает, что едва ли правомерно приравнивать сами попытки уголовного преследования к подразумеваемому отказу от иммунитета.

¹⁰⁹ См., пункт 3 статьи 32 Венской конвенции о дипломатических сношениях 1961 года, пункт 3 статьи 45 Венской конвенции о консульских сношениях 1963 года, пункт 3 статьи 41 Конвенции о специальных миссиях 1969 года, пункт 3 статьи 31 Конвенции о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера 1975 года, статью 8 Конвенции о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности 2004 года (available at: <http://untreaty.un.org>).

тересы которого защищает иммунитет, как представляется, не может считаться отказавшимся от иммунитета в силу действий своего должностного лица¹¹⁰.

52. В то же время бывают случаи, когда должностное лицо действует в уголовном процессе на судебной стадии как единственный обвинитель без какого-либо участия государственного обвинения, пользуясь при этом всеми процессуальными правами обвинения. В этой связи возникает вопрос, не приводит ли это к отказу от иммунитета в отношении встречных обвинений, связанных с предполагаемым преступлением? Такая ситуация может возникнуть в случаях т.н. частного обвинения, предусмотренного законодательством ряда государств по ограниченному составу преступлений (как правило, не ведущих к тяжелым последствиям, таких как нанесение легких увечий, др.)¹¹¹. В рамках частного обвинения государственный обвинитель отсутствует, все его права осуществляет потерпевший¹¹², т.е. фактически потерпевший спорит с обвиняемым, а суд выступает арбитром в этом споре. Поэтому в таком процессе допустимо встречное обвинение¹¹³. Другими словами, он может максимально приближаться по своим процессуальным характеристикам к гражданско-правовому. Видимо, степень этого приближения¹¹⁴, исходя из нюансов уголовно-процессуального законодательства государства юрисдикции, и должна быть определяющей в ситуациях с вопросом об отказе от иммунитета в случаях «частного обвинения».

53. В деле *О некоторых вопросах взаимной правовой помощи по уголовным делам* Международный Суд, рассматривая сюжет о действиях Франции в отношении Прокурора Республики и главы службы национальной безопасности Джибути, счел, что Франция не нарушила функциональный иммунитет, которым могли пользоваться эти лица, поскольку Джибути не задействовала его. При этом Суд не указал на то, что Джибути, не задействовав иммунитет, тем самым отказалась от него. Тем не менее, представляется правомерным вопрос,

¹¹⁰ Хотя опять-таки не вполне ясная ситуация возникает в том гипотетическом случае, когда уголовное дело инициируется главой государства, правительства или министром иностранных дел.

¹¹¹ См., например, статьи 43, 318 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, available at: <http://www.consultant.ru/popular/upkrf/>; статьи 374–394 Уголовно-процессуального кодекса Германии, available at: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html; статью 27 Уголовно-процессуального кодекса Украины, available at: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=1001-05>; статью 71 Уголовно-процессуального кодекса Австрии, available at: [http://www.jusline.at/Strafprozessordnung_\(StPO\).html](http://www.jusline.at/Strafprozessordnung_(StPO).html). Существуют правила, согласно которым по некоторым составам уголовные дела могут возбуждаться только в порядке частного обвинения — у государственного обвинителя этого права нет, т.е. у государства юрисдикции отсутствует, по сути, юридический интерес в уголовном преследовании — см. часть 2 статьи 20 Уголовно-процессуального кодекса России (сюда относятся причинение легкого вреда здоровью, нанесение побоев без серьезных последствий, клевета, оскорбление).

¹¹² См., например, часть 5 статьи 71 Уголовно-процессуального кодекса Австрии, часть 2 статьи 43 Уголовно-процессуального кодекса России, *ibid*.

¹¹³ См статью 388 Уголовно-процессуального кодекса Германии, *ibid*.

¹¹⁴ В некоторых государствах частное обвинение может приобретать разные формы, в т.ч. смешанные. Например, в Германии существует «частно-совместное обвинение» (*private accessory prosecution*, статьи 395–402 Уголовно-процессуального кодекса Германии, *op.cit.*), когда существенную роль в процессе играет уже государственное обвинение, а частному отводится вспомогательная роль.

можно ли считать незадействование государством должностного лица иммунитетом подразумеваемым отказом от него¹¹⁵.

54. Выше говорилось о том, что бремя задействия иммунитета лежит на государстве, осуществляющем уголовную юрисдикцию, когда речь идет о «тройке», и на государстве должностного лица, когда речь идет о лице, пользующемся функциональным иммунитетом, или о лице, не относящемся к «тройке», но пользующемся персональным иммунитетом¹¹⁶. Если исходить из этого, то незадействование иммунитета государством должностного лица, когда речь идет об осуществлении иностранной уголовной юрисдикции в отношении главы этого государства, его правительства или министра иностранных дел, не означает согласия с осуществлением в отношении этого лица иностранной уголовной юрисдикции и, соответственно, отказа от иммунитета. Если исходить из этой же логики в случае, когда речь идет об осуществлении иностранной уголовной юрисдикции в отношении должностного лица, пользующегося функциональным иммунитетом, или должностного лица, пользующегося персональным иммунитетом, но не относящегося к «тройке», то можно предположить, что незадействование иммунитета государством должностного лица может рассматриваться как его согласие с осуществлением юрисдикции и, соответственно, отказ от иммунитета¹¹⁷. В то же время ничто не мешает и государству, осуществляющему юрисдикцию, самому отказаться от ее осуществле-

¹¹⁵ См. также Buzzini G.P., *op.cit.*, p. 474.

¹¹⁶ См. пункты 18–24 выше.

¹¹⁷ Специальному докладчику, однако, неизвестны судебные решения, практика и мнения государств или доктрина, в явной форме подтверждающие или опровергающие такую постановку вопроса. На взаимосвязь между незадействованием иммунитета и осуществлением иностранным государством юрисдикции в отношении лица, которое в принципе могло бы им пользоваться, указывают положения упоминавшегося выше заявления Государственного департамента США в деле *Samantar* (см. сноску 32 выше). Существует немало примеров судебных решений, в которых иммунитет лица отвергается, либо вопрос о нем вообще не рассматривается, и при этом не имело места задействие иммунитета государством (бывшего) должностного лица. Среди них решение по делу *Xuncax v. Gramajo*, U.S. District Court of Massachusetts, 1995, и по аналогичному делу в Испании *Guatemala Genocide Case*, Spanish Supreme Court, 25 February 2003, 42 ILM 686 (2003), решение Кассационного суда Бельгии в деле *H.S.A., v. S.A. ET AL, Court of Cassation of Belgium: (Decision related to the indictment of Ariel Sharon, Amos Yaron and others)*, 12 February 2003, 42 ILM 596 (2003). Не задействовался иммунитет Правительством США перед судом Италии в рамках уголовного дела по обвинению сотрудников спецслужб США в похищении на территории Италии подозреваемого в причастности к террористической деятельности Насра Осамы Мустафы Хасана (Nasr Osama Mustafa Hassan), известного как *Абу Омар* (см. Решение четвертой палаты Суда Милана от 4 ноября 2009 года, которым был вынесен приговор *in absentia* 23 бывшим сотрудникам ЦРУ США, включая нескольких сотрудников консульства США. *Public Prosecutor v. Adler and ors., First instance judgment*, No. 12428/09, Italy, Tribunal of Milan, Fourth Criminal Section, reported in *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts*, ILDC 1492 (IT2010)). Незадействование в данной ситуации консульского иммунитета даже стало поводом для подачи одним из сотрудников консульской службы иска к Правительству США с требованием о задействовании такого иммунитета (см. *Sabrina De Sousa v. Department of State, et al.*, Case No.09-cv-896 (RMU), *Complaint и Defendants' Motion to Dismiss*, available at: <http://jurist.law.pitt.edu/papershase/2009/09/doj-seeks-dismissal-of-diplomatic.php>). Нельзя, однако, с уверенностью сказать, что именно незадействование иммунитета государством должностного лица было в указанных случаях причиной отказа признать иммунитет.

ния в отношении действующего или бывшего должностного лица иностранного государства, признав наличие у него иммунитета.

55. Таким образом, общий вывод по вопросу о форме отказа от иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции можно сформулировать примерно следующим образом. Применительно к действующим главе государства, главе правительства и министру иностранных дел отказ от иммунитета должен быть явно выраженным. Исключение, возможно, составляет гипотетическая ситуация, когда государство такого должностного лица просит иностранное государство осуществить какие-то уголовно-процессуальные меры в отношении такого должностного лица. Такая просьба недвусмысленно предполагает отказ от иммунитета в том, что касается этих мер, и в таком случае он является подразумеваемым. Применительно к действующим должностным лицам, не входящим в «тройку», но пользующимся персональным иммунитетом, и применительно к другим действующим должностным лицам, пользующимся функциональным иммунитетом, а также применительно ко всем бывшим должностным лицам, которые также пользуются функциональным иммунитетом, отказ от иммунитета может быть как явно выраженным, так и подразумеваемым. Подразумеваемый отказ в этом случае может выражаться, в частности, в незадействовании иммунитета государством должностного лица.

D. Может ли государство должностного лица задействовать иммунитет после отказа от него?¹¹⁸

56. Как представляется, в случае явно выраженного отказа от иммунитета, т.е. после выражения государством согласия на осуществление в отношении его должностного лица уголовной юрисдикции другим государством, задействование иммунитета юридически невозможно. Это не соответствовало бы, в частности, принципу добросовестности¹¹⁹. В то же время явно выраженный отказ от иммунитета в каких-то случаях может касаться только иммунитета в отношении определенных мер. Например, государство может отказаться от иммунитета своего министра иностранных дел в отношении дачи им свидетельских показаний. Такой отказ от иммунитета, как представляется, не может рассматриваться как отказ от иммунитета этого лица, если государство, вызывавшее это лицо в качестве свидетеля, затем намерено привлечь его к уголовной ответственности¹²⁰.

¹¹⁸ Это продолжение начатого выше (пункты 11–13 настоящего доклада) рассмотрения вопроса о моменте задействования иммунитета.

¹¹⁹ В комментарии Комиссии к статье 30 Проекта статей о дипломатических сношениях и иммунитетах, в частности, отмечалось: “It goes without saying that proceedings, in whatever court or courts, are regarded as an indivisible whole, and that immunity cannot be invoked on appeal if an express or implied waiver was given in the court of first instance”. Draft Articles on Diplomatic Intercourse and Immunities with commentaries, *Yearbook of the International Law Commission, 1958*, vol. II, p. 99. См. также, например, комментарий к статье 40 проектов статей о консульских сношениях: “[O]nce the immunity has been waived, it cannot be pleaded at a later stage of the proceedings (for example on appeal).” Draft Articles on Consular Relations, with commentaries, *Yearbook of the International Law Commission, 1961*, vol. II, p. 119.

¹²⁰ В Меморандуме Секретариата отмечается, в частности: “Concerning the legal effects of the

57. Как отмечалось выше, подразумеваемый отказ от иммунитета может иметь место при незадействовании иммунитета лиц, не входящих в «тройку» (при том, естественно, понимании, что государство должностного лица знало об осуществлении в отношении этого лица иностранной уголовной юрисдикции, но не задействовало иммунитет)¹²¹. Специальный докладчик не уверен в том, что при таком подразумеваемом отказе от иммунитета его нельзя задействовать на более поздней стадии уголовного процесса¹²². С одной стороны, как отмечалось выше¹²³, вопрос об иммунитете должен быть рассмотрен на ранней стадии процесса. С другой стороны, будет ли неправомерно задействование иммунитета, например, в ситуации, когда государство должностного лица, не задействовавшее иммунитет этого лица на досудебной стадии, и таким образом могущее считаться уже отказавшееся от иммунитета в отношении мер, принятых на этой стадии, решает задействовать иммунитет, когда дело передано в суд? Как представляется, в такой ситуации задействование иммунитета все еще возможно. Однако процессуальные действия, уже совершенные государством, осуществляющим юрисдикцию, в отношении данного должностного лица к моменту задействования иммунитета, не могут считаться неправомерными, поскольку, как отмечалось выше, в этом случае государство, осуществляющее уголовную юрисдикцию, не обязано рассматривать вопрос об иммунитете *proprio motu*, и бремя задействования иммунитета должностного лица лежит на его государстве¹²⁴. В то же время есть сомнения в применимости такого подхода в ситуации, когда иммунитет не был задействован в суде первой инстанции, но государство должностного лица решает задействовать его на стадии апелляционного разбирательства¹²⁵.

III. Иммунитет должностного лица и ответственность государства должностного лица

58. Отказ государства должностного лица от иммунитета последнего открывает дорогу для осуществления в отношении этого должностного лица иностранной уголовной юрисдикции в полном объеме. Это касается, в том числе, юрисдикции в отношении деяний, которые были совершены должностным лицом в официальном качестве (даже отказ от иммунитета *ratione materiae* может не сопровождаться заявлением о том, что предположительно противоправные деяния были совершены в личном качестве). Как отмечалось в Предварительном докладе, присвоение деяний, совершенных должностным лицом в официальном качестве, государству, не означает того, что они перестают присваи-

waiver of immunity — including any residual immunity not covered by the waiver — in the case of express waiver this question should be clarified by the express terms of the waiver itself”. Memorandum of the Secretariat, p. 176.

¹²¹ Пункт 54 настоящего доклада.

¹²² Речь идет, естественно, о ситуации, когда государство должностного лица знает о том, что в отношении его должностного лица иностранное государство осуществляет (намерено осуществить) уголовную юрисдикцию, и в течение какого-то времени не задействует иммунитет. Как отмечает Д.П. Буззини, “it is not entirely clear until which point in time in the proceedings an immunity can still be raised”. Buzzini J.P., op. Cit., p., 474.

¹²³ Пункты 11–13 настоящего доклада.

¹²⁴ См. пункт 17 выше.

¹²⁵ См. мнение Комиссии, изложенное в комментариях к Проекту статей о дипломатических сношениях, приведенное в сноске 119 выше.

ваться этому должностному лицу¹²⁶. Только наличие у этого лица иммунитета препятствует его уголовному преследованию иностранным государством. Отказ от иммунитета снимает это препятствие. В то же время отказ от иммунитета должностного лица в отношении деяний, совершенных этим лицом в официальном качестве, не означает утраты официального характера этого поведения. Соответственно, оно продолжает присваиваться не только должностному лицу, но и государству, на службе которого оно состоит или состояло. Это двойное присвоение. Соответственно, отказ от иммунитета не только создает условия для задействия уголовной ответственности должностного лица, но и не препятствует международно-правовой ответственности государства должностного лица, если деяние нарушает международно-правовое обязательство этого государства¹²⁷. Таким образом, государство должностного лица, несмотря

¹²⁶ Предварительный доклад, пункт 89. В доктрине, однако, высказываются противоположные взгляды. См., например, как такую позицию описывают D.Akande и S.Shah: “[T]his type of immunity constitutes (or, perhaps more appropriately, gives effect to) a substantive defense, in that it indicates that the individual official is not to be held legally responsible for acts which are, in effect, those of the state. Such acts are imputable only to the state and immunity *ratione materiae* is a mechanism for diverting responsibility to the state. This rationale was cogently expressed by the Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia in *Prosecutor v. Blaškić*:

[State] officials are mere instruments of a State and their official action can only be attributed to the State. They cannot be the subject of sanctions or penalties for conduct that is not private but undertaken on behalf of the State. In other words, State officials cannot suffer the consequences of wrongful acts which are not attributable to them personally but to the State on whose behalf they act: they enjoy so-called ‘functional immunity’. This is a well established rule of customary international law going back to the eighteenth and nineteenth centuries, restated many times since”.

(D.Akande and S.Shah, “Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts”, EJIL (2010), Vol.21, No.4, 815, p.p.826-7). С другой стороны, они же ссылаются и на иную практику: “However, in the *Rainbow Warrior Case*, 74 ILR (1986) 241, the French government’s assertion that military officers should not be tried in New Zealand once France had accepted international responsibility was rejected by New Zealand”. Ibid., footnote 51. На сей счет см. также Р. ван Алебек (op.cit., сноска 59 выше). Возможность присвоения официального поведения должностного лица исключительно государству была одним из аргументов, выдвигаемых Джибути в ходе рассмотрения Международным Судом дела *О некоторых вопросах взаимной правовой помощи по уголовным делам* (“Ce que la Partie djiboutienne demande à la Cour est de reconnaître qu’un Etat ne saurait considerer une personne revêtant la qualité d’organe d’un autre Etat comme pénalement responsable, à titre individual, des actes accomplis en cette qualité officielle, c’est-à-dire dans l’exercice de ses fonctions. Ces actes, en effet, sont à considerer, en droit international, comme attribuables à l’Etat pour le compte duquel l’organe agit, et non pas à l’individu-organe”, *Case Concerning Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (Djibouti v France), Oral proceedings, 22 January 2008, CR 2008/3, para. 23).

В Резолюции Института 2009 года вопросу соотношения отсутствия иммунитета должностного лица и возможного присвоения деяния государству посвящена клаузула «без ущерба», хотя ему и были посвящены некоторые комментарии членов Института (“The above provisions are without prejudice to: (a) the responsibility under international law of a person referred to in the preceding paragraphs; (b) the attribution to a State of the act of any such person constituting an international crime.” Resolution of the Institute 2009, Art. III (3)).

¹²⁷ Судья Международного Суда К.Кит описывает взаимоотношения между ответственностью государства и ответственностью должностного лица так: “[E]ven if States cannot commit international crimes, they might... be held to be subject to the same obligations as individuals, without the obligations being characterized as criminal; that is to say, the obligation may be dual, binding both States and individuals”. *The International Court of Justice and Criminal*

на отказ от иммунитета в отношении своего должностного лица, не освобождает от международно-правовой ответственности за деяния, совершенные этим лицом в официальном качестве¹²⁸.

Justice', ICLQ... p.896. И далее: “[M]uch law and practice shows that the liability (criminal or civil) of the principal (eg the employer, the State) and of the agent (eg the employee, the official) will often be dual”, *ibid.*, p.900. О двойной ответственности индивида и государства говорит и Международный Суд: “[T]he duality of responsibility continues to be a constant feature of international law”, *Case Concerning Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (Djibouti v France), Judgment, para. 173. A.Nollkaemper отмечает: “State responsibility neither depends on nor implies the legal responsibility of individuals” (“Concurrence between Individual Responsibility and State Responsibility in International Law”, 62 *ICLQ* (2003), p.616). И далее: “State practice provides no support for the proposition that, in cases where responsibility has been allocated to an individual, there can be no room for attribution to the state”. (*Ibid.*, p.619). “The prosecution and conviction of the individual responsible for the Lockerbie bombing, considered to be an agent of Libya, did not preclude subsequent claims against Libya for compensation by the United Kingdom and the United States. ... The effectuation of responsibility of individual agents of Yugoslavia for acts during the armed conflict between 1991 and 1995 in the ICTY and national courts did not preclude claims by Bosnia-Herzegovina and Croatia in the ICJ. It does not appear that in any of these cases the states against which claims were made invoked the argument that these acts could not be attributed to the state since they already had been contributed to individual agents. ... Individual responsibility does not necessarily mean that the state is atomized and that the state could negate its own responsibility by having responsibility shifted towards individual state organs — state responsibility can exist next to individual responsibility” (*Ibid.*, pp.619–621, footnotes omitted). Стоит иметь в виду, однако, что отсутствие иммунитета у должностного лица не предпрещает ни ответственности самого такого лица, ни ответственности государства (применительно к последнему не имеет значения и тот факт, что должностное лицо защищено иммунитетом, см. пункт 60 ниже) (“[W]e ought to bear in mind that the denial of jurisdictional immunity does not necessarily amount to the existence of responsibility as a matter of substantive law” in M.Tomonori, *op.cit.*, p.266).

¹²⁸ Проекты статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния не содержат никаких указаний на то, что ответственность государства каким-то образом зависит от таких обстоятельств, как привлечение к ответственности лица, являвшегося непосредственно виновным в совершении того или иного деяния. Ко всему прочему, национальные процедуры, осуществляемые в отношении индивида, могут существенно помочь в привлечении к ответственности государства. Как говорит H.van der Wilt, “One may assume that evidence obtained in criminal proceedings against individual perpetrators may serve as ammunition for the assessment of state responsibility as well, as the recent judgment of the ICJ has illustrated” (автор ссылается на факт принятия Международным Судом без дополнительного доказывания установленных ранее МТБЮ в деле *Krstic* обстоятельств совершения геноцида в деле *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro). См. п.296 Решения Международного Суда в упомянутом деле, I.C.J. Reports, 2007). “The Issue of Functional Immunity of Former Heads of State” in *Criminal Jurisdiction 100 Years After the Hague Peace Conference. 2007 Hague Joint Conference on Contemporary Issues of International Law*, W.J.M. Van Genugten, M.P.Scharf, S.E.Radin eds., ... p.105. С другой стороны, A.Nollkaemper пишет: “Eventually, the findings of individual responsibility in connection to the Lockerbie bombing supported subsequent claims of state responsibility. On the other hand, if the Scottish Court sitting in the Netherlands would have found that the individuals who were indicted were not remotely related to the bombing, the factual basis for the claim of the responsibility of the state of Libya would have fallen away. It is difficult to envisage that a court charged with determining state responsibility would in a subsequent proceeding find evidence of individual involvement that a court charged with determining individual responsibility would have missed” (*Op.cit.*, p. 622). В то же время он продолжает: “If a court or tribunal were to find that no factual basis exists for individual responsibility, this need not

59. Если отказ от иммунитета должностного лица в отношении деяний, совершенных в официальном качестве не освобождает государство должностного лица от международно-правовой ответственности, то задействие иммунитета должностного лица со ссылкой на то, что инкриминируемое должностному лицу международно-противоправное деяние совершено в официальном качестве, создает основу для такой ответственности. Рассматривая в деле *О некоторых вопросах взаимной правовой помощи по уголовным делам* вопрос о функциональном иммунитете (или отсутствии иммунитета) должностных лиц Джибути, Международный Суд указал, что “the State notifying a foreign court that judicial process should not proceed, for reasons of immunity, against its State organs, is assuming responsibility for any internationally wrongful act in issue committed by such organs”¹²⁹. В контексте данного дела это означало, что если бы Республика Джибути уведомила французский суд (или другие надлежащие власти Франции) о том, что действия ее должностных лиц были ее собственными (официальными) действиями и что эти лица действовали в официальном качестве (в качестве органов или чего-то подобного Республики Джибути), и на этом основании задействовала иммунитет этих должностных лиц, то она приняла бы на себя ответственность за эти международно-противоправные деяния.

60. Возможно, точнее было бы говорить о том, что государство, задействующее иммунитет своего должностного лица на том основании, что инкриминируемое этому лицу деяние носит официальный характер, признает то, что это деяние является деянием самого этого государства, но еще не свою ответственность за это деяние. Присвоение поведения государству является, безусловно, важным элементом, основанием международно-правовой ответственности, но все же еще не признанием ее. Другим необходимым для ответственности государства элементом, как известно, является то, что деяние, присваиваемое государству, должно быть нарушающим его международно-правовое обязательство¹³⁰. Следует при этом иметь в виду, что государство задействует иммунитет своего должностного лица обычно на той стадии уголовного процесса, когда противоправность этого деяния этого лица еще не доказана в суде, и само по себе задействие иммунитета не означает, что это государство согласно с тем, что деяние, в отношении которого задействуется иммунитет, является международно-противоправным деянием. В то же время признание того, что поведение, инкриминируемое должностному лицу, является поведением самого государства, т.е. присвоение государством самому себе этого поведения, является, конечно, важным шагом на пути возможного принятия им на себя ответственности. Во всяком случае, оно дает основание для призвания его к международно-правовой ответственности акторами, имеющими на это право¹³¹. Сле-

preclude a finding of state responsibility” (Ibid., p. 630).

¹²⁹ *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (Djibouti v. France), Judgment, op.cit., para. 196.

¹³⁰ См. статью 2 Статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния (Article 2. *Elements of an internationally wrongful act*: “There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission: (a) is attributable to the State under international law; and (b) constitutes a breach of an international obligation of the State”). *General Assembly*, Res.56/83 of 12 December 2001.

¹³¹ На шестидесятой сессии Комиссии в выступлении М. Якобсон ставился вопрос о возможной ответственности государства, задействующего иммунитет своего должностного лица от иностранной уголовной юрисдикции, в случае, если оно затем не осуществляет уголовное преследование этого должностного лица (A/CN.4/SR.2985, p.6). Как

дует отметить, что необходимость признать поведение должностного лица официальным, своим, если государство должностного лица хочет задействовать иммунитет данного должностного лица, во многих случаях ставит это государство перед нелегким выбором. Заявляя об официальном характере действий своего должностного лица и его иммунитете, государство действует в защиту должностного лица, но создает серьезные предпосылки для своей потенциальной ответственности за то, что совершило это лицо; не задействуя таким образом иммунитет должностного лица, государство открывает дорогу для привлечения этого лица к уголовной ответственности в иностранном государстве и, соответственно, создает возможности для порой серьезной интрузии иностранного государства в свои внутренние дела.

IV. Резюме

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

а) Вопрос об иммунитете должностного лица государства от иностранной уголовной юрисдикции в принципе должен рассматриваться либо на ранней стадии судебного разбирательства либо еще раньше - на досудебной стадии, когда государством, осуществляющим юрисдикцию, решается вопрос о принятии в отношении должностного лица мер уголовного процесса, которым иммунитет препятствует.

б) Нерассмотрение вопроса об иммунитете *in limine litis* может быть сочтено нарушением обязательств государства суда, вытекающих из нормы об иммунитете. Последнее относится и к рассмотрению вопроса об иммунитете на досудебной стадии осуществления уголовной юрисдикции в тот момент, когда решается вопрос о принятии мер, которым иммунитет препятствует. Это, однако, не относится к ситуации, когда государство должностного лица, пользующегося иммунитетом *ratione materiae*, не задействует его иммунитет или задействует его на более поздней стадии процесса.

в) Юридически значимым, т.е. имеющим юридические последствия, задействованием иммунитета или заявлением об иммунитете является только задействование его или заявление о нем государством должностного лица, а не самим должностным лицом.

г) Чтобы государство должностного лица могло заявить об иммунитете этого лица, оно должно знать о том, что в отношении этого лица принимаются или планируются соответствующие уголовно-процессуальные меры. Следовательно, государство, осуществляющее или планирующее такие меры, должно уведомить государство должностного лица об этом.

представляется, такая ответственность может наступать только при наличии примерно следующего международно-правового обязательства государства: либо отказываться от иммунитета своего должностного лица от иностранной уголовной юрисдикции, либо если иммунитет задействован, осуществлять собственное уголовное преследование своего должностного лица. Свидетельства существования такого обязательства в общем международном праве Специальному докладчику неизвестны. Комиссия, если пожелает, может, естественно, рассмотреть вопрос о развитии международного права в этом направлении.

д) Когда речь идет об иностранном главе государства, главе правительства или министре иностранных дел, государство, осуществляющее уголовную юрисдикцию, само должно задаться вопросом об иммунитете этого лица и определить относительно своих дальнейших действий в рамках международного права. Спрашивать государство должностного лица в этом случае уместно, пожалуй, лишь об отказе от иммунитета. Соответственно, в этом случае государство должностного лица не несет бремени постановки вопроса об иммунитете перед властями государства, осуществляющего уголовную юрисдикцию.

е) Когда речь идет о должностном лице, пользующемся функциональным иммунитетом, бремя задействия иммунитета лежит на государстве должностного лица. Государство такого должностного лица, если хочет оградить его от иностранного уголовного преследования путем задействия иммунитета, должно уведомить государство, осуществляющее юрисдикцию, о том, что это его должностное лицо, и что оно пользуется иммунитетом, поскольку совершало инкриминируемые ему деяния в официальном качестве. Если оно этого не делает, то государство, осуществляющее юрисдикцию, не обязано рассматривать вопрос об иммунитете *proprio motu*, и, следовательно, может продолжать уголовное преследование.

ж) Когда речь идет о должностном лице, пользующемся персональным иммунитетом, но не входящем в «тройку», бремя задействия иммунитета лежит на государстве должностного лица. Государство такого должностного лица, если хочет оградить его от иностранного уголовного преследования путем задействия иммунитета, должно уведомить государство, осуществляющее юрисдикцию, о том, что это его должностное лицо, и что оно пользуется персональным иммунитетом, поскольку занимает высокую должность, которая, наряду с участием в международных отношениях, предполагает осуществление функций, важных для обеспечения суверенитета этого государства.

з) Государство должностного лица, независимо от уровня этого лица, не обязано уведомлять о его иммунитете иностранный суд для того, чтобы этот суд рассмотрел вопрос об иммунитете. Государство должностного лица может задействовать иммунитет должностного лица по дипломатическим каналам, таким образом уведомить государство, осуществляющее юрисдикцию, и этого достаточно для того, чтобы суд этого государства должен был рассмотреть вопрос об иммунитете. Отсутствие обязанности государства обращаться непосредственно в иностранный суд вытекает из принципа суверенитета, суверенного равенства государств.

и) Государство, задействующее иммунитет своего должностного лица, не обязано предоставлять обоснование иммунитета, помимо того, о котором говорится в пунктах (е) и (ж) выше. Государство (включая его суд), осуществляющее юрисдикцию, по-видимому, не обязано «слепо принимать любое» заявление государства должностного лица об иммунитете. Но и не считается с таким заявлениям, если только из обстоятельств дела с очевидностью не вытекает иное, иностранное государство не может. Прерогатива характеризовать поведение должностного лица в качестве официального или определять важность функций, выполняемых высокопоставленным должностным лицом, для обеспечения суверенитета государства принадлежит государству должностного лица, а не государству, осуществляющему юрисдикцию.

к) Право отказа от иммунитета должностного лица принадлежит государству, а не самому должностному лицу.

л) Когда глава государства, правительства или министр иностранных дел отказывается от иммунитета в отношении себя, государство, осуществляющее уголовную юрисдикцию против такого должностного лица, имеет право полагать, что такова воля государства этого должностного лица, по крайней мере, до тех пор, пока оно не получит от этого государства уведомление об ином.

м) Отказ от иммунитета действующего главы государства, главы правительства и министра иностранных дел должен быть явно выраженным. Исключение, возможно, составляет гипотетическая ситуация, когда государство такого должностного лица просит иностранное государство осуществить какие-то уголовно-процессуальные меры в отношении такого должностного лица. Такая просьба недвусмысленно предполагает отказ от иммунитета в том, что касается этих мер, и в таком случае он является подразумеваемым.

н) Отказ от иммунитета должностных лиц, не входящих в тройку, но пользующихся персональным иммунитетом, должностных лиц, пользующимся функциональным иммунитетом, а также бывших должностных лиц, которые также пользуются функциональным иммунитетом, может быть как явно выраженным, так и подразумеваемым. Подразумеваемый иммунитет в этом случае может выражаться, в частности, в незадействовании иммунитета государством должностного лица.

о) Как представляется, после явно выраженного отказа от иммунитета задействие иммунитета юридически невозможно. В то же время явно выраженный отказ от иммунитета в каких-то случаях может касаться только иммунитета в отношении определенных мер.

п) В случае первоначального подразумеваемого отказа от иммунитета, выражающегося в незадействовании функционального иммунитета должностного лица или персонального иммунитета должностного лица, не входящего в тройку, иммунитет, по-видимому, может быть задействован на более поздней стадии уголовного процесса (в частности, при передаче дела в суд). В то же время есть сомнения в том, что государство, не задействовавшее такой иммунитет в суде первой инстанции, может задействовать его на стадии апелляционного разбирательства. В любом случае, процессуальные действия, уже совершенные в такой ситуации государством, осуществляющим юрисдикцию, в отношении данного должностного лица к моменту задействования иммунитета, не могут считаться неправомерными.

р) Отказ государства должностного лица от иммунитета последнего открывает дорогу для осуществления в отношении этого должностного лица иностранной уголовной юрисдикции в полном объеме. Это касается, в том числе, юрисдикции в отношении деяний, которые были совершены должностным лицом в официальном качестве.

с) Государство должностного лица, несмотря на отказ от иммунитета в отношении своего должностного лица, не освобождается от международной правовой ответственности за деяние, совершенные этим лицом в официальном качестве.

т) Государство, задействующее иммунитет своего должностного лица на том основании, что инкриминируемое этому лицу деяние носит официальный характер, признает то, что это деяние является деянием самого этого государства. Это создает предпосылки для международно-правовой ответственности данного государства, для призвания его к международно-правовой ответственности акторами, имеющими на это право¹³².

¹³² Специальный докладчик признателен г-же С.С. Саренковой и г-ну М.В. Мусихину за помощь в подготовке настоящего доклада.