



**Генеральная Ассамблея**

Distr.: General  
29 May 2015  
English  
Original: Spanish

**Комиссия международного права**

**Шестидесят седьмая сессия**

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

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

Подготовлен Специальным докладчиком Консепсьон Эскобар Эрнандес\*

**Содержание**

	<i>Стр.</i>
I. Введение .....	2
II. Иммунитет <i>ratione materiae</i> : нормативные элементы ( <i>продолжение</i> ) .....	6
A. Замечания общего порядка .....	6
B. Понятие «действия, осуществляемого в официальном качестве» .....	8
C. Временной аспект .....	65
D. Сфера охвата иммунитета <i>ratione materiae</i> .....	66
III. Будущий план работы .....	67
Приложение	
Предлагаемые проекты статей .....	70

\* Специальный докладчик хотела бы выразить признательность следующим членам исследовательской группы по проекту «Защита ценностей международного сообщества: вопросы иммунитета, правосудия и безнаказанности в современном международном праве» (DER2013-45790-P): профессорам Фанни Кастро Риаль Гарроне, Кармен Кесада Алькала, Кларибель де Кастро Санчес, Фернандо Валь Гарихо, Тересе Маркос Мартин и Нурии Пастор Паломар (Национальный университет дистанционного обучения), а также Росарио Охинага Руис, Яэле Качо Санчес и Хосе Антонио Вальес Кавия (Кантабрийский университет). Кроме того, она хотела бы поблагодарить студента Женевской академии международного гуманитарного права и прав человека г-на Марко Съекавицу за оказанную им помощь.



## I. Введение

1. Тема «Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции» была включена в долгосрочную программу работы Комиссии международного права на ее пятьдесят восьмой сессии (2006 год) в соответствии с предложением, которое было сформулировано в приложении А к докладу Комиссии о работе указанной сессии<sup>1</sup>. На своей пятьдесят девятой сессии (2007 год) Комиссия постановила включить эту тему в свою программу работы и назначила Специальным докладчиком Романа Анатольевича Колодкина<sup>2</sup>. На той же сессии Комиссия просила Секретариат подготовить справочное исследование по этой теме<sup>3</sup>.

2. Специальный докладчик представил три доклада, в которых определил рамки изучения этой темы и проанализировал различные аспекты вопросов существа и процедурных вопросов, касающихся иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции<sup>4</sup>. Комиссия международного права рассмотрела доклады Специального докладчика на своих шестидесятой сессии в 2008 году и шестьдесят третьей сессии в 2011 году. Со своей стороны, Шестой комитет Генеральной Ассамблеи занимался этой темой в рамках рассмотрения доклада Комиссии международного права, в частности в 2008 и 2011 годах.

3. На своем 3132-м заседании, состоявшемся 22 мая 2012 года, Комиссия международного права назначила Специальным докладчиком Консепсьон Эскобар Эрнандес вместо г-на Колодкина, который вышел из состава Комиссии<sup>5</sup>.

4. На шестьдесят четвертой сессии Специальный докладчик представила предварительный доклад об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции (A/CN.4/654). Этот предварительный доклад был, по сути, «переходным докладом», в котором Специальный докладчик поставила себе цель более четко определить круг уже рассматривавшихся вопросов, а также определить основные спорные моменты на случай, если Комиссия пожелает вернуться к их рассмотрению в будущем. Кроме того, в нем были определены вопросы, которые Комиссии следовало рассмотреть, методологические основы исследования и ориентировочный план работы над темой.

5. Комиссия международного права рассмотрела этот предварительный доклад на своей шестьдесят четвертой сессии, в целом поддержав методологические предложения и план работы, предложенный Специальным докладчиком<sup>6</sup>. Шестой комитет Генеральной Ассамблеи рассмотрел предварительный доклад об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции на своей шестьдесят седьмой сессии в ходе рассмотрения доклада

<sup>1</sup> См. A/61/10, пункт 257 и приложение А.

<sup>2</sup> См. A/62/10, пункт 376.

<sup>3</sup> См. A/62/10, пункт 386. Исследование, подготовленное Секретариатом, содержится в документе A/CN.4/596 и Согг. 1.

<sup>4</sup> Доклады Специального докладчика Колодкина содержатся в документах A/CN.4/601, A/CN.4/631 и A/CN.4/646.

<sup>5</sup> См. A/67/10, пункт 84.

<sup>6</sup> Отчет о ходе обсуждений содержится в документе A/67/10, пункты 86–189. См. также предварительные краткие отчеты о заседаниях Комиссии, содержащиеся в документах A/CN.4/SR.3143, A/CN.4/SR.3144, A/CN.4/SR.3145, A/CN.4/SR.3146 и A/CN.4/SR.3147 (находятся на веб-сайте Комиссии).

Комиссии международного права и одобрил предложения, содержащиеся в докладе Специального докладчика<sup>7</sup>.

6. На шестьдесят пятой сессии Комиссии Специальный докладчик представила второй доклад об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции (A/CN.4/661). В этом докладе рассматривались такие вопросы, как предметный охват темы и сфера применения проектов статей, понятия иммунитета и юрисдикции, разграничение между иммунитетом *ratione personae* и иммунитетом *ratione materiae*, а также нормативные элементы иммунитета *ratione personae*. Во втором докладе содержались предлагаемые проекты шести статей, посвященных сфере применения проектов статей (проекты статей 1 и 2), определениям (проект статьи 3) и нормативным элементам иммунитета *ratione personae* (проекты статей 4, 5 и 6).

7. Комиссия рассмотрела второй доклад Специального докладчика на 3164–3168-м и 3170-м заседаниях<sup>8</sup> и постановила передать все шесть проектов статей Редакционному комитету. На основе доклада Редакционного комитета<sup>9</sup> Комиссия в предварительном порядке одобрила три проекта статей, посвященных сфере применения проектов статей (проект статьи 1) и нормативным элементам иммунитета *ratione personae* (проекты статей 3 и 4). В указанных проектах статей сформулированы переработанные основные элементы пяти из предложенных Специальным докладчиком проектов статей. Комиссия также одобрила комментарии к трем проектам статей, которые она ранее одобрила в предварительном порядке. Что касается проекта статьи, посвященной определениям, то Редакционный комитет постановил продолжить его рассмотрение и высказаться по нему позже<sup>10</sup>.

8. На своей шестьдесят восьмой сессии Шестой комитет Генеральной Ассамблеи рассмотрел второй доклад об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции в рамках рассмотрения ежегодного доклада Комиссии международного права. Государства в целом положительно оценили второй доклад Специального докладчика и успехи в работе Комиссии международного права, а также в позитивном ключе отметили тот факт, что Комиссия передала Генеральной Ассамблее три проекта статей<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> Шестой комитет занимался темой иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции на 20–23-м заседаниях указанной сессии. Кроме того, на 19-м заседании эту тему затронули представители двух государств. С выступлениями представителей государств на этих заседаниях можно ознакомиться в кратких отчетах, которые содержатся в документах A/C.6/67/SR.19–23. См. также A/CN.4/657, раздел C, пункты 26–38.

<sup>8</sup> С подробным анализом поднимавшихся в ходе обсуждений вопросов и позициями членов Комиссии можно ознакомиться в кратких отчетах об указанных заседаниях: A/CN.4/SR.3164–3168 и SR.3170, которые находятся на веб-сайте Комиссии.

<sup>9</sup> См. A/CN.4/SR.3174.

<sup>10</sup> Отчет об обсуждении этой темы Комиссией международного права на ее шестьдесят пятой сессии содержится в документе A/68/10, пункты 40–49. См., в частности, проекты статей с комментариями к ним, которые содержатся в пункте 49 доклада Комиссии. С ходом обсуждения Комиссией комментариев к проектам статей можно ознакомиться в документах A/CN.4/SR.3193–3196.

<sup>11</sup> См. A/C.6/68/SR.17–19. С полным текстом выступлений делегатов, участвовавших в обсуждении, можно ознакомиться по адресу <http://papersmart.unmeetings.org/en/ga/sixth/68th-session/agenda>. См. также документ A/CN.4/666, в котором содержится подготовленное Секретариатом тематическое резюме обсуждений, состоявшихся в Шестом

9. В своем ежегодном докладе Комиссия международного права просила государства «к 31 января 2014 года представить информацию о практике их органов и, в частности, о судебных решениях со ссылкой на толкование терминов «официальные действия» и «действия, совершаемые в официальном качестве» в контексте иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции»<sup>12</sup>. Письменные комментарии по этому вопросу представили десять государств: Бельгия, Германия, Ирландия, Мексика, Норвегия, Российская Федерация, Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии, Соединенные Штаты Америки, Чешская Республика и Швейцария.

10. На шестьдесят шестой сессии Комиссии Специальный докладчик представила третий доклад об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции (A/CN.4/673). В этом докладе было начато рассмотрение нормативных элементов иммунитета *ratione materiae*, причем особое внимание уделялось аспектам, связанным с субъектной сферой охвата. Кроме того, в этом докладе было подробно рассмотрено общее понятие «должностное лицо государства» и указаны критерии, которые следует принимать во внимание при определении лиц, подпадающих под эту категорию. В докладе также рассмотрен вопрос о субъектной сфере охвата иммунитета *ratione materiae* и определены лица, которые могут пользоваться таким иммунитетом. Наконец, в докладе рассматривался вопрос о выборе наиболее подходящего термина для обозначения лиц, которые могут пользоваться таким иммунитетом, причем в процессе рассмотрения учитывались терминологические проблемы, связанные с использованием термина «должностное лицо государства» и его эквивалентов в текстах на других языках, в связи с чем Специальный докладчик предложила использовать более общий термин «орган государства». На основе анализа судебной практики (национальной и международной), соответствующих договоров, а также предыдущей работы Комиссии по этой теме в доклад были включены два проекта статей, посвященных общему понятию «должностное лицо государства» для целей проектов статей и субъектной сфере охвата иммунитета *ratione materiae*.

11. Комиссия рассмотрела третий доклад Специального докладчика на 3217–3222-м заседаниях<sup>13</sup> и постановила передать указанные два проекта статей Редакционному комитету. На основе доклада Редакционного комитета<sup>14</sup> Комиссия в предварительном порядке одобрила проекты статей, посвященные общему понятию «должностное лицо государства» (пункт (е) проекта статьи 2) и «бенефициарам иммунитета *ratione materiae*» (проект статьи 5). Комиссия также одобрила комментарии к этим проектам статей<sup>15</sup>.

---

комитете Генеральной Ассамблеи в ходе ее шестьдесят восьмой сессии, в частности раздел В.

<sup>12</sup> A/68/10, пункт 25.

<sup>13</sup> С подробным анализом поднимавшихся в ходе обсуждений вопросов и позициями членов Комиссии можно ознакомиться в кратких отчетах об указанных заседаниях: A/CN.4/SR.3217–A/CN.4/SR.3222, которые находятся на веб-сайте Комиссии.

<sup>14</sup> См. A/CN.4/L.850 и A/CN.4/SR.3231. С заявлением Председателя Редакционного комитета можно ознакомиться на веб-сайте Комиссии.

<sup>15</sup> Отчет об обсуждении этой темы Комиссией международного права на ее шестьдесят шестой сессии содержится в документе A/69/10, пункты 123–132. См., в частности, проекты статей с комментариями к ним, которые содержатся в пункте 132 доклада

12. На своей шестьдесят девятой сессии Шестой комитет Генеральной Ассамблеи рассмотрел тему «Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции» в рамках рассмотрения ежегодного доклада Комиссии международного права. Государства положительно оценили третий доклад Специального докладчика и новые проекты статей, одобренные Комиссией в предварительном порядке. Большинство делегаций высказались за включение общего определения понятия «должностное лицо государства» в проекты статей и поддержали определение, предложенное Комиссией, особо отметив необходимость установить наличие связи между государством и его должностным лицом. Что касается определения, то некоторые государства обратились к Комиссии с просьбой уточнить значение выражения «который представляет государство или который осуществляет государственные функции». Кроме того, большинство государств высказалось за то, чтобы учитывать понятие «должностное лицо государства» в контексте иммунитета *ratione materiae*, поскольку иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции применяется по отношению к отдельному лицу («должностному лицу государства»), а также подчеркнули важность наличия связи между государством и должностным лицом. Кроме того, государства поддержали подход Комиссии к рассмотрению этой темы и согласились с формулировкой проекта статьи 5. Некоторые государства отметили, что было бы целесообразно уточнить значение выражения «выступающие в качестве таковых», однако большинство оценили его положительно, сочтя, что оно усиливает функциональный характер иммунитета. Вместе с тем небольшая группа государств выразила сомнения в отношении целесообразности учета понятия должностного лица государства в контексте иммунитета *ratione materiae*, исходя из того понимания, что для целей этой категории иммунитета значение имеет исключительно характер совершаемого действия, а не его исполнитель. Было высказано общее мнение о том, что в следующих докладах необходимо рассмотреть понятие «действие, осуществляемое в официальном качестве» и временной аспект иммунитета. Государства особо отметили заметные успехи, достигнутые в рассмотрении этой темы<sup>16</sup>.

13. В докладе о работе своей шестьдесят шестой сессии Комиссия международного права обратилась к государствам с просьбой «предоставить к 31 января 2015 года информацию о своем национальном законодательстве и практике, в особенности судебной практике, в связи со следующими вопросами: а) значение, придаваемое терминам «официальные акты» и «акты, совершенные в официальном качестве», в контексте иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции; и б) исключения из иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции<sup>17</sup>. На момент завершения подготовки настоящего доклада свои письменные ответы представили следующие государства: Австрия, Германия, Испания, Куба, Перу, Соединенное Королевство, Финляндия, Франция, Чешская Респуб-

---

Комиссии. С ходом обсуждения Комиссией комментариев к проектам статей можно ознакомиться в документах A/CN.4/SR.3240–A/CN.4/SR.3242.

<sup>16</sup> См. A/C.6/69/SR.21–26. С полным текстом выступлений делегатов, участвовавших в обсуждении, можно ознакомиться по адресу <http://papersmart.unmeetings.org/es/ga/sixth/69th-session/agenda>. См. также документ A/CN.4/678, в котором содержится подготовленное Секретариатом тематическое резюме обсуждений, состоявшихся в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи в ходе ее шестьдесят девятой сессии, в частности раздел D, пункты 37–51.

<sup>17</sup> A/69/10, пункт 28.

лика и Швейцария. Кроме того, в своих выступлениях в Шестом комитете представители ряда государств затронули вопросы, содержащиеся в направленной в их адрес просьбе Комиссии международного права. Специальный докладчик хотела бы выразить особую признательность этим государствам за их комментарии, которые представляют большую ценность для работы Комиссии. Кроме того, она будет признательна за любые комментарии, которые государства пожелают представить впоследствии. Указанные комментарии, в том числе комментарии, представленные государствами в 2014 году<sup>18</sup>, и замечания, сделанные в ходе устных выступлений представителей государств в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи, были должным образом учтены при подготовке настоящего доклада.

14. В соответствии с планом работы, о котором было объявлено на предыдущей сессии, в четвертом докладе продолжается анализ нормативных элементов иммунитета *ratione materiae*, а также рассматриваются вопросы об элементах существа и временных аспектах. На основе этого проведенного анализа предлагается два проекта статей, которые содержатся в соответствующем разделе настоящего доклада. Кроме того, в целях оказания Комиссии помощи в ее работе в доклад включено приложение, в котором содержатся предлагаемые проекты статей. Наконец, Специальный докладчик хотела бы отметить, что настоящий доклад следует читать совместно с представленными ранее докладами, с которыми он составляет единое целое, а также совместно с проектами статей, уже одобренных Комиссией в предварительном порядке и комментариями к ним.

## **II. Иммунитет *ratione materiae*: нормативные элементы (продолжение)**

### **A. Замечания общего порядка**

15. Как Специальный докладчик уже отмечала в предыдущих докладах, «разграничение между иммунитетом *ratione personae* и иммунитетом *ratione materiae* представляет собой один из тех немногих элементов, по которым в ходе обсуждения этих вопросов в Комиссии международного права сформировался широкий консенсус»<sup>19</sup>. Кроме того, разграничение между этими двумя категориями иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции учитывалось в предыдущей работе Комиссии международного права и было отражено как в меморандуме Секретариата<sup>20</sup>, так и предварительном докладе, подготовленном Специальным докладчиком Колодкиным<sup>21</sup>, хотя в обоих случаях это рассмотрение носило, по сути, описательный и общий характер.

16. Если говорить о работе Комиссии в течение текущего пятилетнего периода, то следует напомнить, что с 2013 года она рассматривает вопрос о разграничении иммунитета *ratione personae* и иммунитета *ratione materiae* с нормативной точки зрения, чтобы определить для каждой из этих категорий свой

<sup>18</sup> См. выше, пункт 9.

<sup>19</sup> См. A/CN.4/661, пункт 47, *in fine*, и A/CN.4/673, пункт 10.

<sup>20</sup> См. A/CN.4/596, пункт 88 и далее.

<sup>21</sup> См. A/CN.4/601, пункты 78–83.

правовой режим. Тем не менее это не означает непризнания наличия общих элементов у этих двух категорий иммунитета, особенно в том, что касается понимаемого в широком смысле функционального характера иммунитета<sup>22</sup>. Такой нормативный подход нашел свое отражение в проектах статей, одобренных Комиссией в предварительном порядке, в комментариях к ним и в самой структуре проектов статей, одобренной в предварительном порядке по состоянию на сегодняшний день<sup>23</sup>.

17. Как указывалось в предыдущих докладах, можно выделить следующие отличительные признаки иммунитета *ratione materiae*:

- a) он признается в целом в отношении должностных лиц государства;
- b) этот иммунитет охватывает только те действия, которые могут быть определены как «действия, совершаемые в официальном качестве»;
- c) иммунитет *ratione materiae* не имеет никаких ограничений по времени, поскольку он продолжает действовать и после того, как лицо, на которое распространяется такой иммунитет, утрачивает свой статус должностного лица<sup>24</sup>.

18. Из этих трех признаков надлежит вывести следующие нормативные элементы данной категории иммунитета:

- a) Субъектная сфера охвата иммунитета *ratione materiae*: какие лица обладают таким иммунитетом?
- b) Материально-правовая сфера охвата иммунитета *ratione materiae*: какие именно действия, совершаемые указанными лицами, подпадают под защиту данного иммунитета?
- c) Временные рамки действия иммунитета *ratione materiae*: в течение какого периода времени допускается ссылка на такой иммунитет и его применение<sup>25</sup>?

19. Три вышеуказанных нормативных элемента следует рассматривать в рамках целостного и комплексного подхода, однако различия между ними и их

<sup>22</sup> См. A/CN.4/661, пункты 53 и 48, и A/CN.4/673, пункт 10, *in fine*.

<sup>23</sup> В этой связи следует иметь в виду, что в структуру проектов статей включены отдельные разделы, посвященные иммунитету *ratione personae* (второй раздел) и иммунитету *ratione materiae* (третий раздел) (см. доклад Комиссии международного права о работе ее шестьдесят шестой сессии, документ A/69/10, пункт 131). Кроме того, указанное различие лежит в основе пункта 3 проекта статьи 4, одобренного Комиссией в предварительном порядке в 2013 году, поскольку «[п]рекращение иммунитета *ratione personae* не затрагивает применения норм международного права, касающихся иммунитета *ratione materiae*» (см. комментарий Комиссии к проекту статьи 4, в частности пункт 7 доклада Комиссии международного права о работе ее шестьдесят пятой сессии, документ A/68/10, пункт 49). Эта тема рассматривается в третьем докладе Специального докладчика, документ A/CN.4/673, пункт 11.

<sup>24</sup> См. A/CN.4/661, пункт 50, и A/CN.4/673, пункты 12 и 13. Эти три признака согласуются с различными определениями иммунитета *ratione materiae*, которые встречаются в доктрине и в судебной практике, например с определением, встречающимся в предыдущих докладах Комиссии. См. A/CN.4/673, в частности сноски 21 и 22 к пункту 13 указанного доклада.

<sup>25</sup> Применяемая методология является общей для обеих категорий иммунитета — *ratione materiae* и *ratione personae*, — поскольку в обеих категориях присутствуют три элемента, определенные как нормативные. См. A/CN.4/661, пункт 55, и A/CN.4/673, пункт 13.

сложная природа диктуют необходимость их рассмотрения в отдельных докладах Специального докладчика. Первый элемент (субъектная сфера охвата) уже рассмотрен в третьем докладе<sup>26</sup>, поэтому в настоящем, четвертом, докладе рассматриваются материально-правовой (понятие «действие, осуществляемое в официальном качестве») и временной аспекты иммунитета *ratione materiae*.

20. Наконец, как уже говорилось в предыдущих докладах<sup>27</sup>, следует помнить о том, что определение этих трех признаков в качестве «нормативных элементов иммунитета *ratione materiae*» не означает, что они являются единственными элементами, которые нужно учитывать при определении правового режима, применимого к данной категории иммунитета. Специальный докладчик хотела бы подчеркнуть, что это не влечет за собой никаких последствий в отношении изъятий из иммунитета или признания его абсолютного характера.

## **В. Понятие «действия, осуществляемого в официальном качестве»**

### **1. Замечания общего порядка**

21. Как уже отмечалось в третьем докладе, физическое лицо может пользоваться иммунитетом от юрисдикции *ratione materiae*, если в том или ином конкретном случае выполняются три условия: i) лицо считается должностным лицом государства; ii) действие осуществлено в официальном качестве; iii) действие осуществлено лицом в период исполнения должностных полномочий. При этом могут возникать ситуации, когда то или иное физическое лицо является должностным лицом государства согласно определению, которое дается в рассматриваемом проекте статей, и осуществляет то или иное действие в период исполнения своих должностных полномочий, но такое действие не может считаться «действием, осуществляемым в официальном качестве» и являться основанием для применения иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции.

22. Сказанное выше позволяет сделать вывод о том, что понятие «действия, осуществляемого в официальном качестве», играет важную роль в контексте иммунитета *ratione materiae*. На важность этого понятия указывали все члены Комиссии и представители государств, причем некоторые из них подчеркивали уникальный характер этого понятия, считая, что осуществление действия «в официальном качестве» является единственным релевантным критерием для определения применимости иммунитета *ratione materiae* независимо от того, кто совершает то или иное действие. Хотя Комиссия международного права не разделяет такого подхода<sup>28</sup>, это не умаляет важности той роли, которую играет поведение должностного лица («действие, совершаемое в официальном качестве») в общей концепции иммунитета *ratione materiae*. Это объясняется сугубо функциональным характером этого вида иммунитета, в рамках которого связь с государством определяется через два различных, но взаимодополняющих элемента, а именно: наличие связи должностного лица с государством, с одной стороны, и наличие связи государства с некоторыми действиями, кото-

<sup>26</sup> См. A/CN.4/673, в частности пункты 28–11 и 145–151.

<sup>27</sup> См. A/CN.4/661, пункты 55 и 73; и A/CN.4/673, пункт 15.

<sup>28</sup> См. пункт 3 комментария к проекту статьи 5. Доклад Комиссии международного права, шестьдесят шестая сессия, A/69/10, пункт 132.



рые представляют собой проявление суверенитета и совершаются в порядке выполнения функций государственной власти, — с другой.

23. Таким образом, оба указанных элемента (субъективный и материально-правовой) неразрывно связаны друг с другом, однако представляют собой концептуально различные категории, которые следует рассматривать и анализировать независимо друг от друга. О независимом характере обоих этих элементов, который рассматривался в ходе предыдущей сессии Комиссии и отмечался в Шестом комитете, уже говорилось в третьем докладе Специального докладчика, где было прямо сказано следующее:

«145. (...) определение лиц, на которых распространяется иммунитет *ratione materiae*, является одним из нормативных элементов этого вида иммунитета от уголовной юрисдикции. Первый критерий для определения этих лиц заключается в наличии связи с государством, которая оправдывает признание их иммунитета от уголовной юрисдикции в интересах государства в целях защиты суверенных прерогатив государства. Поэтому эта связь с государством является одним из центральных элементов для определения концепции «должностное лицо».

146. Эта связь касается концепции «действия, осуществленного в официальном качестве», которая составляет второй нормативный элемент иммунитета *ratione materiae*, но не может быть идентифицирована или перепутана с ее аналогами. Напротив, для целей определения субъективной сферы охвата этого вида иммунитета ссылка на связь с государством должна ограничиваться констатацией того, что физическое лицо может действовать от имени и в интересах государства, выполняя функции, которые сопряжены с реализацией государственных полномочий. Соответственно, при определении концепции «должностное лицо» для целей иммунитета *ratione materiae* необходимо учитывать конкретное содержание действия, осуществленного физическим лицом; указанное содержание связано с этой концепцией и в отношении «деяний, осуществленных в официальном качестве», и поэтому оно будет проанализировано в следующем докладе. Короче говоря, наличие связи между бенефициаром иммунитета *ratione materiae* и государством должно означать, что рассматриваемое лицо в состоянии осуществлять действие, сопряженное с осуществлением государственных полномочий. Распространяется ли на то или другое конкретно осуществленное действие должностного лица иммунитет или нет будет зависеть от того, ... может ли рассматриваемое действие считаться «действием, осуществленным в официальном качестве», или было ли указанное действие осуществлено лицом в то время, когда оно являлось должностным лицом государства»<sup>29</sup>.

24. В ходе своей шестьдесят шестой сессии Комиссия провела интересные прения по вопросу о взаимосвязи между понятиями «должностное лицо государства» и «действие, осуществляемое в официальном качестве». Так, некоторые члены Комиссии заявили о том, что определение должностного лица, которое предлагается в пункте (e) проекта статьи 2, в частности в подпункте (ii), по их мнению, уже содержит как субъективный, так и материально-правовой элементы иммунитета *ratione materiae* от иностранной уголовной юрисдикции.

<sup>29</sup> См. A/CN.4/673. В цитату не включены ссылки. См. также пункты 12 и 13.

Хотя, как считает Специальный докладчик, указанные пункты третьего доклада позволяют прояснить ситуацию, Комиссия решила избежать любой возможной путаницы между понятиями должностного лица и действия путем принятия новой формулировки в пункте (е) проекта статьи 2, в котором отсутствует ссылка на «действия» и вместо этого используются нейтральные термины «... представляет государство» и «осуществляет государственные функции» для обозначения наличия связи между должностным лицом и государством, не подразумевая при этом какой-либо позиции относительно того, на какие действия распространяется иммунитет<sup>30</sup>. В любом случае, как прямо отмечалось в третьем докладе, разграничение указанных действий будет проведено в последующем<sup>31</sup>. Этот вопрос и будет рассмотрен в настоящем докладе.

25. Определение понятия и признаков «действия, осуществляемого в официальном качестве» существенно важно для целей концепции иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции в целом, однако по сути это действие порождает реальные последствия лишь для иммунитета *ratione materiae*, поскольку в случае иммунитета *ratione personae* все действия, осуществляемые главами государства, главами правительства и министрами иностранных дел, подпадают под действие иммунитета, невзирая на то, осуществлялись ли они в официальном или в личном качестве. Поэтому понятие «действие, осуществляемое в официальном качестве» является отличительным и неотъемлемым элементом иммунитета *ratione materiae*, в связи с чем анализ этого понятия представляется исключительно важным для целей этой темы.

26. Исходя из сказанного выше, ниже анализируются следующие вопросы: противопоставление формулировок «действие, осуществляемое в официальном качестве» и «действие, осуществляемое в личном качестве»; признаки, определяющие понятие «действие, осуществляемое в официальном качестве»; наличие связи между понятием «действие, осуществляемое в официальном качестве», ответственностью и иммунитетом. Цель предпринятого анализа заключается в том, чтобы выявить признаки, определяющие понятие «действие, осуществляемое в официальном качестве», с опорой на которые можно будет сформулировать определение этого понятия.

## 2. Противопоставление понятий «действие, осуществляемое в официальном качестве» и «действие, осуществляемое в личном качестве»

27. На своей шестьдесят пятой сессии в связи с принятием в предварительном порядке пункта 2 проекта статьи 4 Комиссия приняла решение использовать термин «действие, осуществляемое в официальном качестве», противопоставив его «действиям, осуществляемым в личном качестве» главой государства, главой правительства или министром иностранных дел, последовав таким образом практике Международного Суда в деле «Об ордере на арест»<sup>32</sup>. В последующем Комиссия продолжила использовать формулировку «действие, осуществляемое в официальном качестве» для обозначения действий, подпа-

<sup>30</sup> См. пункты 9, 10 и 11 Комментария к пункту(е) проекта статьи 2. *Доклад Комиссии международного права, шестьдесят шестая сессия, A/69/10, пункт 132.*

<sup>31</sup> A/CN.4/673, пункт 152.

<sup>32</sup> См. комментарий к проекту статьи 4, особенно пункты 3–4. *Доклад Комиссии международного права, шестьдесят пятая сессия, A/68/10, пункт 49.*

дающих, в принципе, под иммунитет *ratione materiae*, и именно этот термин используется в настоящем докладе.

28. Вместе с тем анализ существующей практики и специальной юридической литературы показывает, что для обозначения осуществляемых должностным лицом действий, на которые может распространяться иммунитет *ratione materiae*, используются различные термины. Так, в качестве примеров можно привести следующие словосочетания: “acto oficial” («официальный акт»), “acto en representación del Estado” («действие в качестве представителя государства»), “acto en nombre del Estado” («действие от имени государства»), “acto de función” («действие во исполнение служебных обязанностей»), “acto de gobierno” («действие правительства») или даже “acto de Estado” («акт государственной власти»). На практике между этими терминами, как правило, не проводятся различия, поэтому они могут считаться синонимами, хотя следует отметить, что не во всех случаях их значение совпадает. Несмотря на это, для целей настоящего доклада нет необходимости подробно анализировать различные указанные термины, поскольку в контексте рассматриваемой темы такой анализ представлял бы весьма ограниченный интерес. Кроме того, как представляется, чаще всего, особенно в правовой доктрине, используется формулировка «действие, осуществляемое в официальном качестве».

29. С учетом сказанного выше необходимо отметить, во-первых, что в некоторых случаях следует с особой осторожностью подходить к использованию указанных терминов, поскольку они могут применяться для обозначения понятий, отличных от тех, которые нас интересуют. В частности, речь идет о термине “act of State” («акт государственной власти»), который используется в некоторых странах системы обычного права (*common law*), особенно в Соединенных Штатах и Соединенном Королевстве, в контексте так называемой доктрины «акта государственной власти» (“Act of State”). Как нередко отмечается в источниках, на которые опирается эта доктрина, данный процессуальный механизм, не признаваемый в других правовых системах, не полностью соответствует концепции иммунитета от юрисдикции и не основывается на нормах международного обычного права. Вместе с тем в некоторых случаях этот механизм порождает практические последствия, аналогичные иммунитету от юрисдикции, что приводит к возникновению некоторой путаницы между этими правовыми понятиями<sup>33</sup>.

30. Во-вторых, следует не забывать, что различия, проводимые между понятиями «действие, осуществляемое в официальном качестве» и «действие, осуществляемое в личном качестве», не следует отождествлять и не смешивать с различиями между актами *iure imperii* и *iure gestionis*, которые характеризуют иммунитет государства. Напротив, понятие «действие, осуществляемое в официальном качестве» может быть шире по своему охвату, чем понятие «акт *iure imperii*», а также может использоваться применительно к некоторым актам *iure gestionis*, осуществляемым должностным лицом государства в рамках своих полномочий и во исполнение государственных функций.

<sup>33</sup> Hazel Fox and Philippa Webb, *The Law of State Immunity*, 3rd edition, Oxford University Press, 2013, p. 53-72. Rubén Carnerero Castilla, *La inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado extranjeros*, Iustel, 2007, pp. 36-44.

31. В-третьих, следует отметить, что различия между понятиями «действие, осуществляемое в официальном качестве» и «действие, осуществляемое в личном качестве» также никак не связаны с различиями между законным и противоправным действием. Напротив, когда речь идет о первых двух категориях действий в контексте иммунитета должностных лиц государства от уголовной юрисдикции, в обоих случаях по определению подразумевается, что эти действия являются уголовно наказуемыми, поскольку в противном случае речь бы не шла об уголовной юрисдикции государства суда, для защиты от которой предполагается использовать иммунитет.

32. В любом случае следует обратить внимание на тот факт, что формулировка «действие, осуществляемое в официальном качестве» обретает смысл, если она используется как антитеза «действию, осуществляемому в личном качестве». Однако если идти дальше трактовки этого термина по принципу отрицания или исключения, то значение термина «действие, осуществляемое в официальном качестве» представляется весьма расплывчатым. В современном международном праве не существует какого-либо определения указанных действий, а национальные правовые системы не являются релевантными для целей настоящей темы, поскольку в них могут существовать значительные различия в трактовке этого понятия. С другой стороны, в проектах статей, целью которых является определение международно-правового режима, примененного для целей иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, национальное законодательство не может считаться решающим критерием в определении сферы охвата и значения понятия «действие, осуществляемое в официальном качестве» и должно лишь использоваться в качестве подспорья при толковании.

33. В целом следует отметить, что, хотя противопоставление «действия, осуществляемого в официальном качестве» и «действия, осуществляемого в личном качестве» является весьма показательным в плане выработки теоретических критериев применимости иммунитета *ratione materiae*, использование этих терминов на альтернативной основе представляется нецелесообразным для определения сферы охвата и содержания материально-правового элемента данного вида иммунитета. Поэтому для решения этой задачи необходимо выделить признаки, являющиеся идентичными для данной категории действий.

### **3. Идентификативные критерии определения понятия «действие, осуществляемое в официальном качестве»**

34. Сказанное выше показывает, сколь важно установить идентичные критерии понятия «действие, осуществляемое в официальном качестве». Для этого необходимо проанализировать практику использования этого понятия аналогично тому, как в третьем докладе был проведен анализ понятия «должностное лицо государства»<sup>34</sup>, причем сделать это нужно в таком же порядке. Ниже приводится последовательный анализ судебной практики (международной и национальной), договорной практики, а также некоторых предыдущих работ Комиссии международного права, имеющих особую актуальность в контексте рассматриваемой нами темы.

<sup>34</sup> См. A/CN.4/673, пункты 29–110.

**i) Международная судебная практика**

35. Международный Суд, Европейский суд по правам человека и Международный уголовный трибунал по бывшей Югославии вынесли решения, в которых в связи с концепцией иммунитета так или иначе упоминаются «действия, осуществленные в официальном качестве».

36. Говоря о практике Международного Суда, следует вспомнить, что он уже затрагивал вопрос об иммунитете должностных лиц государства в делах «Об ордере на арест» и «О некоторых аспектах взаимопомощи в уголовных вопросах», причем в обоих случаях он высказывался о характере различных действий, осуществленных высокопоставленными должностными лицами государства. Помимо этого, следует упомянуть дело «О юрисдикционных иммунитетах государства», в котором, несмотря на то что речь идет исключительно об иммунитете государства, также анализируется понятие действия, осуществляемого в официальном качестве. Наконец, в основе дела «Вопросы, связанные с обязательством выдавать или осуществлять судебное преследование», которое разбирал Суд, также лежали действия, которые были предположительно осуществлены в официальном качестве, хотя Суд и не сделал никаких заявлений по этому поводу.

37. В первом из указанных дел события, послужившие основанием для подачи иска, связаны с совершением министром иностранных дел Демократической Республики Конго г-ном Абдулае Йеродиа Ндомбаси ряда действий, представляющих собой серьезные нарушения Женевских конвенций и дополнительных протоколов к ним, а также преступления против человечности. В принятом по этому делу решении Суд объявил, что министр иностранных дел пользуется иммунитетом от уголовной юрисдикции, указав следующее: «иммунитеты предоставляются ему не ... для личных выгод, а для того, чтобы дать ему возможность свободно осуществлять свои функции от имени государства, которое он представляет»<sup>35</sup>.

Суд подробно проанализировал эти функции, определив их следующим образом:

Он или она несет ответственность за дипломатическую деятельность своего правительства и обычно действует в качестве его представителя на международных переговорах и межправительственных встречах. Послы и другие дипломатические агенты выполняют свои обязанности под его или ее руководством. Его или ее действия могут связать представляемое им или ею государство обязательством, и существует презумпция, что министр иностранных дел просто в силу этой должности в полной мере полномочен действовать от имени государства (см. например, подпункт (а) пункта 2 статьи 7 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года) ... как правило, именно министр определяет полномочия, которые должны быть предоставлены дипломатическим агентам, и скрепляет своей подписью их верительные грамоты. И наконец, именно при министре иностранных дел аккредитуются поверенные в делах<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> *Orden de detención de 11 de abril de 2000 (República del Congo c. Bélgica)*, fallo, C.I.J. *Recueil 2002*, párrs. 51 y 53.

<sup>36</sup> *Ibid.*, párr. 53.

38. Ясно, что речь идет о действиях, которые относятся к категории осуществления исключительных прерогатив государственной власти на самом высоком уровне, в связи с чем эти примеры нужно принимать во внимание при установлении критериев определения действий, осуществляемых в официальном качестве. Вместе с тем не следует забывать о том, что судьи Хиггинс, Койманс и Бюргенталь в своем совместном особом мнении выразили сомнения по поводу того, что

«тяжкие международные преступления [могли бы] рассматриваться как официальные действия, поскольку они не относятся ни к обычным государственным функциям, ни к тем функциям, которые может осуществлять лишь государство (в отличие от частного лица)».

Кроме того, они добавили, что отмечается

«растущее понимание того, что мотивы, имеющие отношение к государству, не являются надлежащим критерием для определения действий, относящихся к публичным действиям государства»<sup>37</sup>.

39. Второе дело, представленное на рассмотрение Международного Суда, касается ряда уголовных разбирательств, возбужденных во Франции в связи с гибелью при невыясненных обстоятельствах французского судьи г-на Бернара Борреля, который был прикомандирован к министерству юстиции Джибути. В рамках этих разбирательств были предприняты следственные действия, которые на основании свидетельских показаний двух должностных лиц из Джибути позволили выдвинуть версию о том, что к смерти г-на Борреля причастен г-н Исмаил Омар Гелле, который на момент начала разбирательства являлся президентом Джибути и был вызван для дачи показаний в качестве свидетеля по этому делу. Еще два высокопоставленных должностных лица из Джибути — г-н Джама Сулейман Али (прокурор Республики) и г-н Хасан Саид Хайре (глава Службы национальной безопасности) — были вызваны для дачи показаний в качестве «свидетелей-подозреваемых» (*témoins assistés*); французские суды выдали европейский ордер на их арест, и в итоге им были предъявлены обвинения в запугивании свидетелей и вынесен соответствующий приговор. Эти два последних дела представляют наибольший интерес для целей настоящего доклада. Хотя Суд не вынес решения по вопросу о том, пользовались ли эти два высокопоставленных должностных лица иммунитетом *ratione materiae*, в процессе изучения такой возможности он высказал замечания, которые представляют интерес для определения понятия «действия, осуществляемого в официальном качестве», и прямо указал на необходимое условие, которое должно выполняться, чтобы вменяемые действия

«являлись, в сущности, действиями, совершенными в рамках исполнения должностных обязанностей [данных должностных лиц] в качестве органов государственной власти»<sup>38</sup>.

Кроме того, Суд косвенно указал на присвоение того или иного действия государству как на необходимое условие для определения применимости иммунитета, заявив, что Джибути не сообщило Франции о том, что

<sup>37</sup> *Ibid.*, *Opinión separada conjunta de los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal*, párr. 85.

<sup>38</sup> *Ciertas cuestiones relativas a la asistencia judicial en materia penal (Djibouti c. Francia)*, fallo, *C.I.J. Recueil 2008*, párr. 191.

«рассматриваемые действия (...) являлись действиями государства Джибути и что прокурор Республики и глава Службы национальной безопасности представляли его органы, учреждения или ведомства, которым было поручено обеспечить осуществление указанных действий»<sup>39</sup>.

40. Дело *о юрисдикционных иммунитетах государства* было возбуждено по фактам убийства граждан Италии и Греции и лишения их свободы и статуса военнопленных на территории этих стран служащими вооруженных сил и представителями различных органов власти Третьего рейха Германии во время Второй мировой войны. Хотя Суд высказывал суждения не об иммунитете германских должностных лиц, а об иммунитете Германии, в своем решении он пришел к выводу о том, что указанные действия должны непременно расцениваться как действия *jure imperii*, которые подразумевают осуществление суверенитета и следовательно подпадают под действие юрисдикционного иммунитета государства<sup>40</sup>. В связи с этим он провел сравнительный анализ действий *jure imperii* и действий *jure gestionis*, который не относится к рассматриваемой теме, однако содержит аргументы, позволяющие вычлнить отличительные свойства действий, осуществляемых в официальном качестве. Например, в нем говорится следующее:

«Суд считает, что термины “*jure imperii*” и “*jure gestionis*” вовсе не определяют правомерности рассматриваемых действий, в частности действий, носящих частно-правовой или коммерческий характер (*jus gestionis*), а лишь указывают, должны ли они рассматриваться в рамках права, регулирующего осуществление суверенной власти (*jus imperii*), или права, регулирующего непублично-правовые акты государства»<sup>41</sup>.

41. В поддержку квалификации вышеупомянутых действий как «суверенных актов» также высказались судья Корома<sup>42</sup> и судья *ad hoc* Гая<sup>43</sup>. В свою очередь, судья Кансаду Триндади в своем несопадающем особом мнении указал, что нельзя ссылаться на суверенитет в связи с действиями, которые представляют собой международные преступления, утверждая, что «международные преступления не являются ни действиями государства, ни «частными действиями»; преступление – это преступление, кто бы его ни совершил»<sup>44</sup>.

<sup>39</sup> *Ibid.*, párg. 196.

<sup>40</sup> *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia; Grecia interviniente)*, fallo, C.I.J. Recueil 2012, párrs. 60 y 61.

<sup>41</sup> *Ibid.*, párg. 60.

<sup>42</sup> *Ibid.*, *Opinión separada del juez Koroma*, párg. 4: «развертывание вооруженных сил страны для ведения военных действий является, по сути, суверенным актом».

<sup>43</sup> *Ibid.*, *Opinión disidente del juez ad hoc Gaja*, p. 313. Судья Гая утверждает, что для оценки действия как *jure imperii* необходимо, чтобы оно «вытекало из осуществления государством суверенной власти». Также следует учитывать интересный нюанс, который вносит судья *ad hoc* Гая, утверждая, что, если речь идет о телесных или приравняемых к ним повреждениях, причиненных намеренно, то различие между действием *jure imperii* и действием *jure gestionis* становится ирелевантным (стр. 313 текста на испанском языке), и заключая, что « (...) хотя иммунитет, как правило, применяется в случаях претензий по поводу ущерба, нанесенного в результате военных действий на территории государства суда, он неприменим в тех случаях ущерба, которые связаны с массовым убийством гражданских лиц или пытками, совершенными на этой территории» (стр. 319 текста на испанском языке).

<sup>44</sup> *Ibid.*, *Opinión disidente del juez Cançado-Trindade*, Opinión párg. 181. См. в целом пункт 178 и далее.

42. Наконец, в деле *Бельгия против Сенегала* речь идет о массовых убийствах, пытках, преследованиях и насильственных исчезновениях, предположительно организованных г-ном Хиссеном Хабре в то время, когда он был президентом Чада. В данном случае Суд не высказал мнения о характере этих действий и применимости к ним иммунитета, ограничившись перечислением доводов, приведенных сторонами в ходе разбирательств в национальных судах Бельгии и Сенегала<sup>45</sup>.

43. Если говорить о вкладе Европейского суда по правам человека в развитие рассматриваемой в настоящем докладе темы, то стоит обратить внимание прежде всего на то, что в постановлениях Суда, как правило, содержатся не ссылки на иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, а ссылки на юрисдикционный иммунитет государства от гражданских исков<sup>46</sup>, причем во всех случаях говорится о совместимости указанного иммунитета от гражданской юрисдикции с правом на справедливое судебное разбирательство, признанным в статье 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 декабря 1950 года. Тем не менее, поскольку в своих постановлениях Суд рассматривал конкретные действия, совершенные должностными лицами государства, его заключения могут быть полезны для определения отличительных особенностей «действий, осуществляемых в официальном качестве».

44. Дело *МакЭлинни против Ирландии*, переданное на рассмотрение Европейского суда по правам человека, касается событий, вызванных некоторыми действиями ирландского гражданина при прохождении контроля на границе между Северной Ирландией и Республикой Ирландия; эти действия повлекли за собой преследование указанного гражданина британским военнослужащим уже на ирландской территории, в ходе которого, по заявлению истца, он стал жертвой жестокого обращения, покушения на его личную неприкосновенность и злоупотребления должностными полномочиями со стороны указанного британского военнослужащего. В числе приведенных в этом постановлении аргументов, которые представляют интерес для целей иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции, следует выделить мнение Суда о том, что «действия военнослужащего на территории иностранного государства» самым непосредственным образом связаны с «основной сферой суверенитета государства (...) и могут в силу своего характера» вызывать вопросы, «которые могли бы сказаться на дипломатических отношениях государства и на государственной безопасности». Соответственно, Суд квалифицировал рассматриваемые им

---

<sup>45</sup> *Cuestiones relativas a la obligación de perseguir o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, fallo, *C.I.J. Recueil 2012*, párrs. 20 y 22.

<sup>46</sup> Европейский суд по правам человека прямо сослался на различие между гражданским и уголовным процессами в своем постановлении по делу *аль-Адсани против Соединенного Королевства* (иск № 35763/97) от 21 ноября 2001 года, пункты 34, 61 и 66. Тем не менее это различие было отвергнуто судьями, голосовавшими против постановления (см. *Несовпадающее особое мнение судей Розакиса и Кафлиша, к которому присоединились судьи Вильдхабер, Коста, Кабрал Баррету и Вайич*). На это различие Суд вновь указал в постановлении по делу *Джонса и др. против Соединенного Королевства* (иски № 3456/06 и № 40528/06) от 14 января 2014 года, пункт 207. Это различие снова было подвергнуто критике в несовпадающем особом мнении судьи Калайдиевой. Тем не менее Соединенное Королевство согласилось с указанным различием (см. пункт 179 постановления).



действия как действия *jure imperii*, которые являются действиями государства и на которые распространяется иммунитет<sup>47</sup>.

45. В основе иска по делу *Аль-Адсани против Соединенного Королевства* лежат лишение свободы и пытки, которым истец подвергся со стороны шейха Джабер ас-Сабаха Аль Сауда ас-Сабаха и двух других лиц в центре содержания под стражей Службы государственной безопасности Кувейта и во дворце брата эмира Кувейта, причем для его перемещения использовались официальные автотранспортные средства. Хотя Суд не высказал мнения о возможном иммунитете лиц, совершавших пытки, поскольку британские суды уже провели процесс над этими тремя лицами, вынесли заочный приговор шейху и разрешили истцу подать иск против двух других лиц<sup>48</sup>, он косвенно оценивал характер действий, о которых идет речь. При этом он пришел к выводу о том, что указанные действия представляют собой пытки, запрещенные в соответствии с нормой *jus cogens*<sup>49</sup>, однако указал, что в применимых нормах современного международного права невозможно найти исключение, которое лишало бы государства иммунитета от гражданской юрисдикции в связи с указанными деяниями<sup>50</sup>. Суд не квалифицировал эти пытки непосредственно как действия государства или действия, осуществляемые в официальном качестве, однако процитированные аргументы равносильны признанию пыток в качестве действия, которое может быть вменено государству, и поэтому *prima facie* может рассматриваться как действие, осуществленное в официальном качестве.

46. В деле *Джонс и др. против Соединенного Королевства* Европейскому суду по правам человека пришлось высказать свое мнение по вопросу об иммунитете в связи с пытками, примененными должностными лицами Саудовской Аравии по отношению к истцам, находившимся под стражей в этой стране. Как уже отмечалось в третьем докладе, вынесенное по этому делу постановление представляет большой интерес с различных точек зрения и заслуживает дальнейшего анализа в наших работах<sup>51</sup>. Что касается понятия «действия, осуществляемого в официальном качестве», то следует особо отметить следующие заявления Суда:

«иммунитет государства, в принципе, предусматривает защиту сотрудников или должностных лиц иностранного государства в связи с действиями, осуществляемыми от имени этого государства»<sup>52</sup>

и

<sup>47</sup> См. дело *МакЭлинни против Ирландии* (иск № 31253/96), постановление Большой палаты от 21 ноября 2011 год, в частности пункт 38.

<sup>48</sup> См. пункты 14 и 15 постановления по делу *Аль-Адсани*.

<sup>49</sup> Там же, пункты 58 и 61.

<sup>50</sup> Там же, пункт 66.

<sup>51</sup> Следует иметь в виду, что это дело отличается тем, что в оспариваемых в Европейском суде по правам человека судебных решениях, в принципе, содержатся ссылки не на иммунитет государства, а на юрисдикционный иммунитет должностных лиц Саудовской Аравии, в отношении которых был подан иск как против частных лиц. Кроме того, британские суды провели длительный процесс, в ходе которого их позиция в отношении иммунитета указанных должностных лиц от гражданской юрисдикции в связи с предполагаемым совершением пыток была объектом ряда апелляций и менялась по существу в выносимых ими постановлениях.

<sup>52</sup> Там же, пункт 204.

«на частные лица распространяется иммунитет государства *ratione materiae* лишь в тех случаях, когда вменяемые им действия были совершены в ходе исполнения ими должностных обязанностей»<sup>53</sup>.

Кроме того, сославшись на Конвенцию против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, Суд указал следующее:

«Конвенция против пыток определяет пытки как действия, совершаемые «государственным должностным лицом или иным лицом, выступающим в официальном качестве». Это определение можно расценивать как аргумент в пользу того, что пытки могут совершаться в «официальном качестве» в контексте иммунитета государства»<sup>54</sup>.

Соответственно, речь идет о действиях, которые, по крайней мере, *prima facie* могут квалифицироваться как действия, совершаемые в официальном качестве.

47. Наконец, при анализе практики Европейского суда по правам человека представляется целесообразным рассмотреть одно из его недавних постановлений, которое, хотя и относится к сфере иммунитетов, регулируемых внутренним правом, содержит элементы, которые могут представлять интерес для определения отличительных особенностей действий, осуществляемых в официальном качестве. Речь идет о постановлении по делу Урекян и Павличенко против Республики Молдова<sup>55</sup>, касающемся публичных заявлений, с которыми президент Молдовы выступил в 2004 и 2007 годах, обвинив истцов, соответственно, в организации мафиозной системы коррупции и связях с Комитетом государственной безопасности (КГБ). Молдавские суды, в которые истцы обратились с исковыми заявлениями в связи с клеветническими и оскорбительными высказываниями, отклонили эти искивые требования на тех основаниях, что указанные заявления были сделаны президентом при исполнении им должностных обязанностей, в связи с которыми он пользуется иммунитетом. В свою очередь, истцы утверждали, что оскорбительные для них высказывания президента были допущены не в его официальном качестве, а в качестве политического лидера. Хотя Суд счел, что в общих чертах на заявления главы государства может распространяться иммунитет, и не вынес заключения о том, были ли рассматриваемые в этом деле заявления сделаны в официальном или частном порядке, он тем не менее обратил внимание на то, что внутригосударственные суды должны были определить, к какой категории относятся такие заявления, в особенности с учетом того, что иммунитет, которым наделяется президент Республики Молдова при исполнении своих должностных обязанностей, является бессрочным и не прекращает своего действия по истечении срока его полномочий. С этой точки зрения Суд поднял важный вопрос о необходимости определять, совершается ли то или иное действие в официальном или личном качестве даже в тех случаях, когда действие *ab initio* однозначно представляется официальным. Этот аспект также следует учитывать для целей настоящего доклада.

<sup>53</sup> Там же, пункт 205.

<sup>54</sup> Там же, пункт 206.

<sup>55</sup> См. *дело Урекян и Павличенко против Республики Молдова* (жалобы №№ 27756/05 и 41219/07), постановление от 2 декабря 2014 года.

48. В заключение настоящего раздела следует обратить внимание на решение Апелляционной камеры Международного трибунала по бывшей Югославии от 29 октября 1997 года по делу Обвинитель против Тихомира Блашкича, на которое часто ссылаются в связи с иммунитетом *ratione materiae*<sup>56</sup>. Это решение касается апелляции, поданной Хорватией против решения Камеры первой инстанции II от 18 июля 1997 года о вызове хорватского должностного лица в Трибунал для представления некоторых официальных документов (*subroena*). Апелляционная камера постановила, что вызванное для дачи показаний должностное лицо действовало в рамках осуществления официальных функций государства и что его действия могут быть присвоены непосредственно не самому лицу, а государству (действия, совершаемые в официальном качестве)<sup>57</sup>, поэтому они не относятся к категории действий, осуществляемых «лицами, выступающими в личном качестве» (действий, осуществляемых в личном качестве)<sup>58</sup>.

## ii) Национальная судебная практика

49. Для определения понятия «действия, осуществляемого в официальном качестве» особое значение имеет практика национальных судов, поскольку именно им приходится выносить решения по делам, на исходе которых может сказаться применение иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, в связи с чем в этих решениях они высказываются о действиях, на которые может распространяться иммунитет *ratione materiae*. Поэтому в настоящем разделе эта практика анализируется с помощью того же метода, что и в третьем докладе, т.е. учитываются решения как по уголовным, так и по гражданским делам, если в них удастся обнаружить элементы, позволяющее выделить отличительные особенности «действий, осуществляемых в официальном качестве». Настоящий анализ преследует двойную цель. Во-первых, мы попытаемся вычленил деяния, в связи с которыми в судебной практике предъявлялись требования о применении иммунитета и которые поэтому могут рассматриваться *prima facie* как «действия, осуществляемые в официальном качестве». Во-вторых, мы попытаемся определить такие их общие признаки, которые могли бы считаться отличительными критериями данной категории действий.

50. Что касается уголовных процессов, то в первую очередь следует обратить внимание на ограниченное число преступных деяний, в связи с которыми поступали заявления о применимости иммунитета. Такие деяния в значительном числе случаев относятся к категории преступлений по международному праву, в том числе: пытки, массовые убийства, геноцид, внесудебные казни, насильственные исчезновения, принудительная беременность, депортация, лишение статуса военнопленного, обращение в рабство и вовлечение в принудительный труд, а также террористические акты<sup>59</sup>. Эти преступления в одних случаях

<sup>56</sup> Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, Sala de Apelación, *Fiscal c. Tihomir Blaskic*, IT-95-14-AR 108, 29 de octubre de 1997.

<sup>57</sup> *Ibid.*, párr. 38.

<sup>58</sup> *Ibid.*, párr. 49.

<sup>59</sup> *Paymer*, Специальный кассационный суд (Нидерланды), решение от 12 января 1949 года; 16 ILR 553 (преступления, совершенные немецкими оккупационными силами в Дании). *Генеральная прокуратура Израиля против Эйхмана*, Окружной суд Иерусалима (дело № 40/61), решение от 11 сентября 1961 года, и Апелляционный суд, решение от

упоминаются *eo nomine*, в других — именуется преступлениями против человечности, военными преступлениями или грубыми и систематическими нарушениями прав человека<sup>60</sup>. Кроме того, в судах рассматривались и другие совершенные военнослужащими или сотрудниками органов безопасности деяния, которые нельзя отнести к вышеуказанным категориям, например, грубое и жесткое обращение, незаконное лишение свободы, похищение, препятствование отправлению правосудия и другие деяния, направленные на подрыв общественного порядка и законности<sup>61</sup>. И, наконец, требования о применимости иммунитета также поступали в связи с хищением и присвоением государственных средств, отмыванием денег и другими деяниями, относящимися к коррупции, а также в связи с наркоторговлей<sup>62</sup>. Что касается гражданских процессов, то следует обратить внимание на то, что в большинстве случаев заяв-

29 мая 1962 года; 36 ILR 18 и 277 (преступления, совершенные во время Второй мировой войны, в том числе военные преступления, преступления против человечности и геноцид). *Ясир Арафат (Председатель Карневале, составитель Валенте — обвиняемые Арафат и Халаф)*, Кассационный суд (Италия), решение от 28 июня 1981 года; *Rivista di diritto internazionale* 69 (1986) (торговля оружием и сотрудничество с «Красными бригадами» в связи с террористическими актами). *R. против Мафара и Пририора («Рейнбоу уорриор»)*, Новая Зеландия, Высокий суд, Оклендская канцелярия, ноябрь 1985 года (действия, совершенные военнослужащими и сотрудниками органов безопасности Франции, которые подорвали судно «Рейнбоу уорриор», в результате чего судно затонуло и погибло несколько человек; эти действия были квалифицированы как террористический акт). *Бывший посол Сирии в Германской Демократической Республике*, Верховный федеральный суд Германии, Конституционный суд Германии, решение от 10 июня 1997 года (дело основывалось на иске против бывшего посла, предположительно хранившего в дипломатических помещениях оружие, которое было впоследствии применено для совершения террористического акта). *Баутерсе*, R 97/163/12 Sv и R/97/176/12, Апелляционный суд Амстердама, 2000 год (пытки, преступления против человечности). *Каддафи*, Апелляционный суд Парижа, решение от 20 октября 2000 года, и Кассационный суд, решение от 13 марта 2001 года; 125 ILR 490 и 508 (приказ взорвать самолет, в результате крушения которого погибло 270 человек; деяние квалифицировано как терроризм). *Прокурор против Хиссена Хабре*, Апелляционный суд Дакара (Сенегал), постановление от 4 июля 2000 года, и Кассационный суд, решение от 20 марта 2001 года; 125 ILR 571 и 577 (пытки и преступления против человечности). *Шарон и Ярон*, Апелляционный суд Брюсселя, решение от 26 июня 2002 года; 127 ILR 110 (военные преступления, преступления против человечности и геноцид). *A. против Прокуратуры Швейцарской Конфедерации (дело Неззара)*, Федеральный уголовный суд Швейцарии (дело BV.2011.140), решение от 25 июля 2012 года (пытки и другие преступления против человечности).

- <sup>60</sup> *Доу*, Соединенные Штаты, 860 F. 2d 40 (Апелляционный суд второго округа, 1988 год) (нарушение прав человека членов «Фалуныгун»).
- <sup>61</sup> *Пограничники*, Верховный федеральный суд Германии, решение от 3 ноября 1992 года (дело №5 STR 370/92); 100 ILR 364 (смерть немецкого юноши от ранений, полученных при попытке перебраться через Берлинскую стену в результате выстрелов, произведенных пограничниками Германской Демократической Республики). *Норберт Шмидт против Министерства внутренних дел Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии*, Верховный суд (Ирландия), решение от 24 апреля 1997 года (необычные обстоятельства задержания истца должностными лицами государства). *Бат Хуриц против следственного судьи Федерального суда Германии*, Соединенное Королевство [2011 год] EWHC 2009 (Adm) (похищение и незаконное лишение свободы).
- <sup>62</sup> *Соединенные Штаты против Норвегии*, Апелляционный суд одиннадцатого округа Соединенных Штатов, решение от 7 июля 1997 года (международная торговля наркотиками, поставлявшимися в Соединенные Штаты, в то время, когда Норвегия был Командующим Вооруженными силами Панамы). Апелляционный суд Парижа, решения от 13 июня 2013 года и 16 апреля 2015 года.

ления о применимости иммунитета поступали в связи с требованием компенсации жертвами некоторых из ранее упомянутых преступлений<sup>63</sup>, хотя в некоторых случаях заявления о применимости иммунитета в судах гражданской юрисдикции поступали и в связи с другими деяниями, не носящими уголовного характера, такими как неуплата долга, невыполнение личных обязательств

<sup>63</sup> *Республика Филиппины против Маркоса и других*, Апелляционный суд второго округа Соединенных Штатов, решение от 26 ноября 1986 года (злоупотребление полномочиями для присвоения крупных сумм, принадлежащих правительству и народу Филиппин). *Салтани против Рейгана и других*, Окружной суд Соединенных Штатов, округ Колумбия, решение от 23 декабря 1988 года (удар, нанесенный военно-воздушными силами США по целям в Ливии, в результате которого погибли и были ранены люди и нанесен материальный ущерб; иск был также подан к британским властям, разрешившим использовать для нанесения удара базы на своей территории). *Хербидж против Миса и других*, US, 747 F. Supp. 60 (DDD 1990); 98 ILR 101 (экстрадиция британского гражданина Соединенным Штатам, в ходе которой, по мнению истца, агенты государства совершили незаконные действия в процессе его экстрадиции). *Илао и другие против Маркоса*, Апелляционный суд девятого округа Соединенных Штатов, решение от 16 июня 1994 года (пытки, суммарные казни и насильственные исчезновения, совершенные сотрудниками разведки в результате введения президентом Маркосом в 1971 году военного положения). *Лафонтан против Аристиды*, Окружной суд Соединенных Штатов, Восточный округ Нью-Йорка, решение от 27 января 1995 года (обвинение во внесудебной казни гражданина Гаити силами безопасности, действовавшими по приказу президента Аристиды). *МакЭлинни против Уильямса*, Ирландия, 1995 год, 104 ILR 691 (преследование, задержание и жестокое обращение с ирландским гражданином со стороны британского военнослужащего в связи с пересечением границы между Северной Ирландией и Республикой Ирландия). *Кадич против Караджича*, Апелляционный суд второго округа Соединенных Штатов, решение от 13 октября 1995 года (похищение, принуждение к проституции, принудительная беременность, пытки и суммарные казни, совершенные во время гражданской войны в Боснии в рамках кампании геноцида и представляющие собой систематическое нарушение прав человека). *Ном Беотия против Федеративной Республики Германия*, Суд первой инстанции Левадии (Греция), решение от 30 октября 1997 года (преступления, совершенные немецкими оккупационными силами в отношении мирных граждан и их собственности в деревне Дистомо в Беотии во время Второй мировой войны). *Джэфф против Миллера и других*, Апелляционный суд Онтарио, решение от 17 июня 1998 года (похищение истца в Канаде и его вывоз во Флориду сотрудниками этого штата после неудачной попытки добиться экстрадиции). *A, B, C, D, E, F против Цзян Цзэминя*. Соединенные Штаты, 2002 год (пытки, геноцид и нарушение прав на жизнь, свободу, личную неприкосновенность и свободу мысли, совести и религии, совершенные против последователей «Фалуньгун»). Суд Соединенных Штатов не высказался по данному вопросу, поскольку признал наличие иммунитета по предложению Государственного департамента). *Феррини против Германии*, Кассационный суд (Италия), решение от 11 марта 2004 года (депортация в Германию итальянского гражданина, который был отправлен на принудительные работы и которому было отказано в статусе военнопленного). *Бузари и другие против Исламской Республики Иран со вступлением в дело Генерального прокурора Канады и других*, Апелляционный суд Онтарио, решение от 30 июня 2004 года (похищение, незаконное лишение свободы, пытки и угроза смертью). *Али Саадалла Белхас и другие против Моше Яалона*, Апелляционный суд округа Колумбия, Соединенные Штаты, решение от 15 февраля 2008 года (гибель и ранение людей, находившихся на посту Организации Объединенных Наций во время обстрела Каны в 1996 году).

или ущерб, нанесенный в результате несчастного случая<sup>64</sup>. Во всех случаях проблема иммунитета была связана с реальным или мнимым обладанием подсудимым или ответчиком статуса государственного должностного лица<sup>65</sup>.

51. На вопрос о применимости иммунитета национальные суды давали различные ответы, не позволяющие прийти к выводу о наличии единого принципа, которому они следовали в рассмотренных нами решениях. Напротив, при принятии этих решений национальные суды используют различные методы юридической техники и руководствуются различными соображениями, а также принимают во внимание факт обладания статусом должностного лица, характер действий, в связи с которыми поступало требование о применимости иммунитета, и, в некоторых случаях, позицию правительства государства суда или государства должностного лица.

52. Что касается тех дел, в решениях по которым национальные суды допустили ссылки на иммунитет *ratione materiae*, то в большинстве из них это было сделано с учетом статуса должностного лица и присвоения совершенного им действия государству. В связи с этим будет уместным воспроизвести соответствующий фрагмент третьего доклада<sup>66</sup>:

34. ... в тех случаях, когда за должностными лицами другого государства признавалось наличие иммунитета от уголовной юрисдикции *ratione materiae*, национальные суды связывали этот иммунитет от юрисдикции с их статусом агента, действующего от лица государства. Так, в связи с делом, в рамках которого ответчиками выступали различные должностные лица Саудовской Аравии, Палата лордов заявила, что «все лица, выступающие ответчиками, в рассматриваемый период действовали или предположительно действовали в качестве сотрудников или агентов» и «поэтому их действия могут быть присвоены Королевству»<sup>67</sup>. В другом деле,

<sup>64</sup> *Мельерио против Изабеллы де Бурбон, бывшей королевы Испании*, Апелляционный суд Парижа, решение от 3 июня 1872 года (неуплата долга за драгоценности, приобретенные ответчицей). *Сеид Али ибн Хамуд, принц Рашид против Верчински*, Суд по гражданским делам Сены, решение от 25 июля 1916 года (неуплата долга за услуги массажиста). *Бывший король Египта Фарук против общества с ограниченной ответственностью «Кристиан Диор»*, Апелляционный суд Парижа, решение от 11 апреля 1957 года (неуплата долга за костюмы, приобретенные бывшим королем Фаруком). *Али Али Реза против Гримпеля*, Апелляционный суд Парижа, решение от 28 апреля 1961 года (аренда жилья частным лицом). *Чиудьян против Национального банка Филиппин и других*, Апелляционный суд девятого округа Соединенных Штатов, решение от 29 августа 1990 года (невыплата ответчиком долга, который был объявлен недействительным по распоряжению Комиссии по благому управлению, созданной правительством Филиппин после отстранения от власти президента Маркоса). *Джангкуист против шейха Султана бен Халифы Аль Нахайяна*, Окружной суд округа Колумбия Соединенных Штатов, решение от 20 сентября 1996 года (неизлечимая травма головного мозга, которую получила дочь истцов во время частной поездки, в которую ее пригласил ответчик, и неоплата медицинских расходов, которые обязался покрыть ответчик).

<sup>65</sup> Различные категории должностных лиц государства, выступавших в качестве ответчика или подсудимого в иностранных судах, были рассмотрены в третьем докладе Специального докладчика. См. A/CN.4/673, пункты 31–33.

<sup>66</sup> См. A/CN.4/673, пункты 34 и 35. Примечания к исходному тексту в настоящем докладе сохранены, но переименованы и упрощены.

<sup>67</sup> *Джонс против Министерства внутренних дел Королевства Саудовская Аравия*, Палата лордов (Соединенное Королевство), решение от 14 июня 2006 года (лорд Бингхэм Корнхильский, пункты 11 и 13).

по которому вынес решение Федеральный верховный суд Германии и в котором спор касался действий британской полиции, суд заявил, что Скотланд Ярд — и, следовательно, его руководитель — действовал в качестве агента, который был в явной форме назначен британским государством в контексте применения соглашения, о котором идет речь ... Действия таких агентов являются непосредственно актами государства и не могут считаться действиями, совершаемыми в личном качестве лицом, которое уполномочено на них»<sup>68</sup>. Схожую позицию занял Верховный суд Ирландии, указав, что полицейский «стремился и намеревался выполнять и, по сути, выполнял задачи и функции, соответствующие занимаемой должности»<sup>69</sup>. Французские суды отметили эту связь между должностным лицом, выступающим в качестве обвиняемого, и государством, указав в связи с делом старшего должностного лица одного из морских ведомств, что речь идет о «действиях государственной власти, совершаемых в рамках исполнения функций от имени и под контролем государства Мальта»<sup>70</sup>. Французские суды в связи с вопросом иммунитета от уголовной юрисдикции бывшего министра обороны Сенегала заявили, что «по причине особого характера его функций и их международной направленности он должен быть в состоянии свободно действовать от лица представляемого им государства»<sup>71</sup>.

35. На связь между должностным лицом и государством также указывалось в материалах, которые представлялись внутригосударственным судам, разбиравшим гражданские иски против должностных лиц. В этой связи в качестве примера следует привести различные имеющиеся в судебной практике Соединенных Штатов Америки прецеденты признания наличия иммунитета от юрисдикции в тех случаях, когда должностное лицо совершает действия от имени государства, т.е. «действует согласно своему положению должностного лица»<sup>72</sup> и «в качестве агента или инструмента государства»<sup>73</sup>. Следуя такому принципу, а *contrario sensu*, эти же самые суды заявили, что «дело против должностного лица другого государства, действующего за рамками своих полномочий, никоим образом не является внешнеполитическим вопросом, который неизбежно возник бы в случае предъявления иска против другого правительства в судах Соединенных Штатов»<sup>74</sup>.

<sup>68</sup> *Саентологическая церковь*, Федеральный верховный суд (Германия), решение от 16 сентября 1978 года (опубликовано на английском языке в *International Law Reports*, vol. 65, p. 198.

<sup>69</sup> *Норберт Шмидт против Министерства внутренних дел Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии*, Верховный суд (Ирландия), решение от 24 апреля 1997 года.

<sup>70</sup> *Морское ведомство Мальты и «Кармель Икс»*, Кассационный суд, Палата по уголовным делам (Франция), решение от 23 ноября 2004 года.

<sup>71</sup> Ассоциация родственников жертв, находившихся на борту судна «Джоола», Кассационный суд, Палата по уголовным делам (Франция), решение от 19 января 2010 года.

<sup>72</sup> *Раед Мохамад Ибрахим Матар и другие против Абрахама Диктера*, Окружной суд, Южный округ Нью-Йорка (Соединенные Штаты Америки), решение от 2 мая 2007 года.

<sup>73</sup> *Али Саадалла Белхас и другие против Моше Яалона*, Апелляционный суд округа Колумбия (Соединенные Штаты Америки), решение от 15 февраля 2008 года.

<sup>74</sup> *Рукмини С. Клине и другие против Ясуюку Канеко и других*, Верховный суд штата Нью-Йорк (Соединенные Штаты Америки), решение от 31 октября 1988 года; *Чиудьян против*

53. В некоторых случаях суды не только основывали свои решения на том, что те или иные действия совершались от имени государства, но и рассматривали их с упором на то, что они совершались в порядке осуществления государственной власти, или являлись суверенными актами, отмечая, что речь идет о выполнении государственных функций<sup>75</sup>. Так, по делу, которое рассматривалось в Соединенных Штатах, суд постановил, что гражданские и военные должностные лица, участвовавшие в планировании или проведении бомбардировки в Ливии, действовали в порядке исполнения должностных обязанностей и по приказу верховного главнокомандующего (президента Рейгана), и поэтому они пользуются иммунитетом<sup>76</sup>. По другому делу, которое рассматривал швейцарский суд, было принято решение о том, что применение иммунитета *ratione materiae* допускается только в связи с «действиями, совершаемыми в порядке исполнения должностных обязанностей»<sup>77</sup>.

54. В ряде случаев национальные суды определяли понятие «суверенная деятельность государства» и даже увязывали его с концепцией действий *iure imperii*. Так, при рассмотрении одного дела Верховный федеральный суд Германии заключил, что «согласно нормам публичного права Германии, полиция, являясь неотъемлемым элементом государственной власти, при исполнении своих обязанностей, бесспорно, осуществляет суверенную деятельность государства, т.е. ее действия должны квалифицироваться как акты *iure imperii* и, следова-

---

*Национального банка Филиппин*, Апелляционный суд девятого округа (Соединенные Штаты Америки), решение от 29 августа 1990 года; *Максимо Илао и другие, Висенте Клементе и другие, Хайме Пиопонго и другие против Эренсии де Фердинанда Маркоса*, Апелляционный суд девятого округа (Соединенные Штаты Америки), решение от 16 июня 1994 года; *Тереса Шункас, Хуан Диего Франсиско, Хуан Дое, Элизабет Педро Паскуаль, Маргарита Франсиско Маркос, Франсиско Мануэль Мендес, Хуан Руис Гомес, Мигель Руис Гомес и Хосе Альфредо Кальехас против Эктора Грамахо и Диана Ортис против Эктора Грамахо*, Суд округа Массачусетс (Соединенные Штаты Америки), решение от 12 апреля 1995 года; и *Баволь Кабири против Баффура Асази-Гимаха*, Суд округа Нью-Йорк (Соединенные Штаты Америки), решение от 18 апреля 1996 года.

<sup>75</sup> По этому поводу высказался рассматривавший дело Каддафи Апелляционный Суд Парижа, который в своем решении от 20 октября 2000 года оценил рассматриваемые действия как «действия государственной власти или государственной администрации» и заключил, что они представляют собой международные преступления и поэтому не могут быть отнесены к категории «должностных обязанностей главы государства». На этом основании он постановил, что на такие действия не распространяется иммунитет. Впоследствии Кассационный суд в решении от 13 марта 2001 года признал наличие иммунитета на том основании, что указанного исключения не существует. При этом, в отличие от Апелляционного суда, он не дал своей оценки самих действий. В деле «*Эрики*»/Морского ведомства Мальты также используются термины «действие государственной власти» и «действия, подпадающие под суверенитет государства», причем суд противопоставляет их обычному «административному действию» (приводя в качестве примера осуществления функций государственной власти регистрацию судна под флагом государства, выдачу и обновление свидетельства о мореходности — все это в качестве административных действий государственной власти, — а также обязанность осуществлять надзор за судами, плавающими под флагом страны).

<sup>76</sup> *Салтани против Рейгана и других*, Окружной суд Соединенных Штатов, округ Колумбия, решение от 23 декабря 1988 года.

<sup>77</sup> Федеральный уголовный суд Швейцарии использовал термин «действия, совершаемые в порядке исполнения должностных обязанностей» в деле *А. против Прокуратуры Швейцарской Конфедерации (дело Неззара)*, Федеральный уголовный суд Швейцарии, (дело ВВ.2011.140), решение от 25 июля 2012 года.



тельно, не могут быть исключены из иммунитета»<sup>78</sup>. В другом деле Конституционный суд Германии указал, что действия в сфере осуществления внешних сношений и отправления военной власти, действия законодательной власти, осуществление полицией своих полномочий и отправление правосудия являются действиями, «относящимися к сфере государственной власти»<sup>79</sup>. В этом же ключе один из судов Соединенных Штатов включил в число «строго политических или государственных действий» такие внутренние административные действия, как высылка иностранцев, а также действия законодательной власти, например по проведению национализации; действия, касающиеся вооруженных сил, дипломатической деятельности и государственных займов<sup>80</sup>. В свою очередь, французские суды однозначно квалифицировали действия по отправлению правосудия<sup>81</sup>, а также некоторые административные действия, связанные с регистрацией плавающих средств<sup>82</sup>, как действия верховной власти. Другие суды квалифицировали действия, имеющие отношение к израильской политике строительства поселений на оккупированной палестинской территории<sup>83</sup>, высылке иностранцев<sup>84</sup>, конфискации имущества сотрудниками полиции<sup>85</sup>, публикации сообщений о действиях военнослужащих, несущих службу на военной базе за границей<sup>86</sup>, и даже найму убийц для запугивания членов определенной религиозной группы<sup>87</sup>, как действия, связанные с отправлением верховной власти.

55. В противоположность вышеизложенному, в ряде случаев национальные суды приходили к заключению о том, что те или иные действия выходят за рамки официальных функций или функций государства и, следовательно, на них не может распространяться иммунитет. Например, суды пришли к заклю-

<sup>78</sup> Дело о *Саентологической церкви* Федеральный верховный суд Германии, решение от 26 сентября 1978 года; 65 ILR 193. Аналогичной позиции придерживался суд в деле *Пропенд файненс пти, лтд. против Синг* (Англия, Апелляционный суд, 1997 год; 111 ILR 611), подтвердив, что осуществление полицией своих полномочий является, по существу, одной из форм осуществления деятельности государства. Кроме того, один из судов Соединенных Штатов заключил, что действия полиции являются официальными, даже если они носят крайне жестокий характер: дело *Саудовская Аравия против Нельсона*, Верховный суд Соединенных Штатов Америки, 100 ILR 544.

<sup>79</sup> Дело *против Иранского шахства*, Конституционный суд Германии, 1963 год, 45 ILR 57. Кроме того, действия служащего вооруженных сил были квалифицированы как официальные действия в деле *Лозано против Италии* (дело № 31171/2008, ILDC 1085), решение от 24 июня 2008 года.

<sup>80</sup> Дело *«Виктори» против Главного управления*, США 336 F 2d 354 (2-й судебный округ, 1964 год); 35 ILR 110.

<sup>81</sup> Дело № 12-81.676, Кассационный суд, палата по уголовным делам, решение от 19 марта 2013 года и дело № 13.80.158, Кассационный суд, палата по уголовным делам, решение от 23 ноября 1984 года. Такой же позиции придерживались швейцарские суды в деле ATF 130 III 136 в отношении международного ордера на арест, выданного испанским судьей.

<sup>82</sup> Дело *Морского ведомства Мальты*, № 04-84.265, Кассационный суд, палата по уголовным делам, решение от 23 ноября 2004 года.

<sup>83</sup> *Доу Первый против Израиля*, США, 400 F.Supp.2d 86, 106 (DCC 2005).

<sup>84</sup> Дело *Клине против Канеко*, США, 685 F Supp 386 (SDNY 1988); 101 ILR 497.

<sup>85</sup> Дело *Фёрст против Аргентины*, США, 190 F.Supp. 2d 1336 (SD Fla. 2002).

<sup>86</sup> Дело *Голландия против Лампен-Волфа* (Соединенное Королевство), [2000] 1 WLR 1573.

<sup>87</sup> Дело *Юмин*, США, 557 F. Supp. 2d 131 (DDC 2008 год).

чению о том, что убийство политического оппонента<sup>88</sup> или действия, связанные с незаконным оборотом наркотиков<sup>89</sup>, не являются официальными действиями. В более общем плане один из судов Соединенных Штатов Америки постановил, что «когда полномочия должностных лиц ограничены законом, их действия, выходящие за рамки указанных ограничений, следует рассматривать как действия индивидуальные, а не суверенные. В этом случае должностное лицо не занимается осуществлением полномочий, возложенных на его суверенной властью». По мнению вышеупомянутого суда, «согласно Закону об иммунитетах иностранных государств иммунитет не распространяется на противоправные деяния «государственных должностных лиц» и, следовательно, действия «должностного лица, совершаемые под видом осуществления властных полномочий (“under color of authority”), но за рамками официального мандата, могут являться нарушением норм международного права и не подпадать под действие иммунитета согласно Закону об иммунитетах иностранных государств»<sup>90</sup>. Еще более определенно высказался в этом плане один из судов Соединенных Штатов, который постановил, что на действия *ultra vires* суверенный иммунитет распространяться не может, поскольку их исполнители действовали за пределами своих полномочий и нарушили права человека истцов, т.е. если должностные лица совершают действия, официально не санкционированные государством, или не являются «должностными лицами, действующими в своем официальном качестве в пределах своих полномочий», то такие лица не могут пользоваться иммунитетом<sup>91</sup>. В любом случае необходимо проводить различия между такими действиями *ultra vires* и противоправными действиями, которые, по мнению ряда судов, не перестают подпадать под действие иммунитета лишь в силу их противоправного характера<sup>92</sup>, даже в тех случаях, когда то или иное деяние противоречит нормам международного права<sup>93</sup>.

56. Вместе с тем необходимо обратить внимание на тот факт, что приведенные в предыдущих пунктах доводы не всегда применялись одинаково в отношении противоправных деяний одной и той же категории. Напротив, в некоторых случаях одно и то же правонарушение порождало признание иммунитета *ratione materiae*, а в других ситуациях суды указывали на отсутствие необходимых условий для применения иммунитета. Кроме того, такая непоследователь-

<sup>88</sup> Дело *Летельер против Чили*, США, 748 F.2d 790 (2-й судебный округ, 1984 год); 79 ILR 561.

<sup>89</sup> Дело *Хименес против Аристегьеты*, 311 F2d 547 (США, Апелляционный суд, 5-й судебный округ, 1962 год); дело *Соединенные Штаты против Норвегии*.

<sup>90</sup> Дело *Илао и другие против Маркоса*, Апелляционный суд Соединенных Штатов Америки, девятый округ, решение от 16 июня 1994 года. По мнению суда, Маркос несет ответственность за пытки, казни и исчезновение людей, причем его действия выходят за рамки исполнения официальных функций и не могут рассматриваться как действия какого-либо учреждения или органа иностранного государства.

<sup>91</sup> *Доу Первый и другие против Лю и других*, *Ся Дерен и других*, окружной суд Соединенных Штатов, северный федеральный судебный округ Калифорния (С 02-0672 CW, С 02-0695 CW).

<sup>92</sup> Дело *Джейфф против Миллера и других*, Апелляционный суд *Онтарио*, решение от 17 июня 1998 года. Дело *Аргентинская Республика против «Амерада Хесс»*, 81 ILR 658; дело *МакЭлхинни против Уильямса*, Ирландия, 1995 год, 104 ILR 691.

<sup>93</sup> Дело *о I съезде партии*, Англия, 1981 год, [1983] 1 AC 244; 64 ILR 307. В деле *Джонс против Саудовской Аравии* лорд Хоффман отклонил аргумент о том, что действие, противоречащее *jus cogens*, не может являться официальным действием.

ность отмечается и в решениях судов одного и того же государства. Типичным примером таких расхождений в судебной практике является определение, вынесенное британскими судами по вопросу о пытках. Так, в деле *Пиночет 3* Палата лордов постановила, что бывший президент Чили не мог пользоваться иммунитетом *ratione materiae*, поскольку Конвенция против пыток обязывает ее государства-участники рассматривать акты пыток в судебном порядке, и, следовательно, на эти акты не может распространяться действие никакого иммунитета<sup>94</sup>. Вместе с тем в окончательном решении суда пытки не были отнесены к «действиям, совершенным в официальном качестве», причем из семи судебных лордов лишь двое указали, что речь не идет об официальных действиях, тогда как остальные сочли, что действия, вменяемые в вину генералу Пиночету, в той или иной мере являются официальными, хотя четверо из них заключили, что, несмотря на это, они являются преступными деяниями<sup>95</sup>. В отличие от этого в деле *Джонс против Министерства внутренних дел Королевства Саудовская Аравия* та же Палата лордов признала наличие иммунитета *ratione materiae* нескольких граждан Саудовской Аравии с учетом того, что все ответчики действовали (или утверждали, что действовали) как государственные служащие или агенты Саудовской Аравии, в связи с чем все совершенные ими деяния, включая пытки, присваивались указанному государству и подпадали под действие иммунитета<sup>96</sup>. Наконец, в недавнем решении по делу *ФФ против Директора государственного обвинения (дело принца Насира)*, британский суд, последовав примеру суда, который вынес решение по делу *Пиночет 3*, пришел к заключению, что на применение пыток сыном короля Бахрейна и командующего Королевской гвардией принцем Насиром бен Хамадом Аль Халифой не распространяется действие иммунитета *ratione materiae*<sup>97</sup>. Как представляется, британские суды вынесли разные решения по рассматриваемым делам в силу того, что рассмотрение дела *Пиночета* и *принца Насира* носило характер уголовного производства, а производство по делу *Джонса* — гражданский характер.

<sup>94</sup> Дело *Р. против Главного уголовного полицейского суда ex parte Пиночет Угарте (№ 3)*, UKHL 17, [2000] 1 A.C. 147. Решение было принято шестью голосами против одного; лишь лорд Гофф указал, что речь идет об официальных действиях, на которые распространяется иммунитет.

<sup>95</sup> Лишь лорд Браун-Уилкинсон и лорд Хаттон указали, что пытки не могут осуществляться в рамках «государственной функции» или «правительственной функции». Напротив, лорд Гофф, который проголосовал против принятого решения, заключил, что они осуществлялись в рамках «правительственной функции». В аналогичном ключе высказались и лорд Хоуп («преступный, но правительственный акт»), лорд Савилл («официальные пытки»), лорд Миллет («государственные и официальные акты») и лорд («преступный и официальный акт»).

<sup>96</sup> Дело *Джонс против Министерства внутренних дел Королевства Саудовская Аравия*, Палата лордов (Соединенное Королевство), решение от 14 июня 2006 года.

<sup>97</sup> Дело *ФФ против Директора государственного обвинения (дело принца Насира)*, апелляционное присутствие отделения королевской скамьи Высокого суда правосудия, решение от 7 октября 2014 года [2004] EWHC 3419 (Admin.). Это решение примечательно тем, что оно было вынесено как «приказ суда в соответствии с заключенным сторонами соглашением» (*order consented*), то есть на основе достигнутого между истцами и Директором государственного обвинения (*Director of Public Prosecution*) соглашения, в котором последний указал, что акты пыток, вменяемые в вину принцу Насиру, не подпадают под действие иммунитета *ratione materiae*.

57. В вышеупомянутых делах основной упор делается на особую проблему, с которой сталкиваются и другие суды, — применение пыток. Например, в одном из дел, рассматривавшихся в бельгийских судах, пытки были квалифицированы как деяния, выходящие за рамки обычных полномочий главы государства, одна из функций которого заключается в обеспечении защиты граждан его страны<sup>98</sup>. В этом же ключе высказался и один голландский суд<sup>99</sup>. Разногласия по вопросу о том, можно ли квалифицировать те или иные деяния как действия, осуществленные в официальном качестве, обычно возникают в связи с международными преступлениями. В некоторых случаях суды указывали, что рассмотрение дел о совершении преступлений по международному праву не относится к функциям государства и поэтому не подпадает под действие иммунитета. В других случаях суды, напротив, отмечали, что, хотя речь и идет о незаконных и неправомерных действиях, совершены они были, вне всякого сомнения, должностными лицами, за которыми суды признали право на иммунитет. Кроме того, один греческий суд счел, что преступления, совершенные служащими вооруженных сил, присваиваются государству для целей определения его международной ответственности, однако для целей определения применимости иммунитета государства они не могут расцениваться как действия государственной власти<sup>100</sup>. Наконец, следует отметить, что в некоторых случаях суды, руководствуясь различными доводами, не применяли иммунитет к преступлениям по международному праву<sup>101</sup>.

58. С другой стороны, следует отметить, что национальные суды обычно отказывают в предоставлении иммунитета при рассмотрении дел, связанных с коррупцией, нецелевым использованием и незаконным присвоением бюджетных средств, отмыванием капитала, а также иными формами коррупции. В этой связи следует отметить дело *Теодоро Нгема Обианг Манге*, при рассмотрении которого французские суды имели возможность в двух случаях вынести решение относительно иммунитета, подтвердив, что действия, связанные с незаконным присвоением бюджетных средств и отмыванием капитала, «не относятся к государственным функциям, защищаемым международным обычаем во имя принципов суверенитета и дипломатического иммунитета»<sup>102</sup> и что «приписываемые [г-ну Нгема Обианг Манге] действия по своему характеру не относятся к осуществлению суверенной или государственной власти и не имеют

<sup>98</sup> Дело *Пиночета*, решение следственного судьи Брюсселя от 6 ноября 1998 года.

<sup>99</sup> Дело *Баутерсе*, R 97/163/12 S v и R/97/176/12, Апелляционный суд Амстердама, 2000 год.

<sup>100</sup> Дело *Префектура Беотии против Федеративной Республики Германия*, Суд первой инстанции Левадии (Греция), решение от 30 октября 1997 года.

<sup>101</sup> В деле *Бузари и другие против Исламской Республики Иран* Апелляционный суд Онтарио (решение от 30 июня 2004 года) рассматривал вопрос о применимости иммунитета в случае пыток, однако пришел к выводу о недопустимости этого. Апелляционный суд Флоренции при рассмотрении дела *Феррини* указал на недопустимость ссылки на «функциональный иммунитет» при совершении деяний, квалифицируемых как международные преступления. Федеральный уголовный суд Швейцарии при рассмотрении дела *Насера* отметил, что будет «трудно согласиться с тем, чтобы действия, которые нарушают основные принципы международного права, могли стать объектом защиты в соответствии с нормами того же международного права».

<sup>102</sup> Апелляционный суд Парижа, *Отделение № 7*, Вторая палата первой инстанции, решение от 13 июня 2013 года.

никакого отношения к общим интересам»<sup>103</sup>. Следуя этой логике, суды выносили решения о недопустимости применения иммунитета к должностным лицам государства, совершившим те или иные действия в интересах представителей частных структур, с которыми они поддерживали близкие отношения, и к должностным лицам, действовавшим в целях личного обогащения, а не в интересах суверенной власти<sup>104</sup>.

59. В некоторых случаях данный вопрос рассматривался в национальных судах в рамках так называемой «доктрины государственного акта», которую на практике, как уже отмечалось выше, иногда смешивают с иммунитетом в строгом смысле. Так, в одном из дел, которые рассматривал Федеральный верховный суд Германии, обвиняемые ссылались на доктрину государственного акта, утверждая, что, согласно этой доктрине, они не могут подвергаться судебному преследованию, поскольку они действовали согласно указаниям и в интересах иностранного государства»<sup>105</sup>. Другой суд той же страны признал, что в соответствии с доктриной государственного акта «суды обычно воздерживаются от вынесения решений относительно действий иностранных государств [совершенных] на их собственной территории», но при этом указал, что из этой доктрины ни при каких обстоятельствах нельзя сделать вывод о том, что «даже действия должностного лица государства, совершенные в нарушение основополагающих норм государства и полностью отрицаемые правительством этого государства, могут быть с полным основанием расценены как действия государства»<sup>106</sup>. Кроме того, один суд указал, что доктрина «государственного ак-

<sup>103</sup> Апелляционный суд Парижа, *Отделение № 7*, Вторая палата первой инстанции, иск об отмене решения суда, решение от 16 апреля 2015 года. Суд вынес указанное решение, подтвердив доводы и аргументы, положенные в основу решения от 13 июня 2013 года.

<sup>104</sup> Дело *Соединенные Штаты Америки против Норвегии*, Апелляционный суд одиннадцатого судебного округа Соединенных Штатов Америки, решение от 7 июля 1997 года. Дело *Джанквист против шейха Султана бен Халифа ан-Нахайяна*, Окружной суд Соединенных Штатов Америки, Округ Колумбия, решение от 20 сентября 1996 года. Дело *Мельейро против Изабель Бурбон, бывшей Королевы Испании*. Дело *Сеид Али бен Хаммуд, принц Рашид против Верчински*, Гражданский суд Сены, решение от 25 июля 1916 года. Дело *бывший Король Египта Фарук против ООО «Кристиан Диор»*, Апелляционный суд Парижа, решение от 11 апреля 1957 года. Дело *Али Али Реза против Гримпеля*, Апелляционный суд Парижа, решение от 28 апреля 1961 года. Дело *Трахано против Маркоса*, США, 978 F. 2d 493 (9-й округ, 1992 год); 103 ILR 521. Дело *Истица против Седильо Понсе де Леон*. Дело *Хименес против Аристигеты* (1962 год) 32 ILR 353. Дело *Жан-Жюст против Дювалье* (1988 год), № 86-0459 Civ (Окружной суд США), SD Fla. Дело *Адамов против Федерального управления юстиции*, решение от 22 декабря 2005 года. Дело *Республика Филиппины против Маркоса и других* (1986 год), 81 ILR 581. Дело *Республика Филиппины против Маркоса и других (№ 2)* (1987 год, 1988 год), 81 ILR 609. Дело *Республика Гаити против Дювалье* [1990 год] 1 QB 2002 (Соединенное Королевство). Дело *Исламская Республика Иран против Пехлеви* (1984 год), 81 ILR 557 (Соединенные Штаты Америки): в данном случае именно правительство США сообщило суду, что ни применение принципа государственного иммунитета, ни применение доктрины государственного акта не могут послужить основанием для отклонения иска.

<sup>105</sup> Дело *О сотрудниках пограничной службы*, Федеральный верховный суд Германии, решение от 3 ноября 1992 года (дело № 5 STR 370/92). Иностранное государство, на которое ссылались обвиняемые, была Германская Демократическая Республика, которая ко времени начала уголовного производства перестала существовать. В свою очередь Федеральный верховный суд указал на неприменимость данной доктрины, однако иск не удовлетворил, по той простой причине, что «ГДР более не существует» (стр. 272–273).

<sup>106</sup> Дело *Кадич против Караджича*, Апелляционный суд второго судебного округа Соединенных Штатов Америки, решение от 13 октября 1995 года. Ответчик ссылаясь на

та», в качестве основания для освобождения должностного лица от ответственности ни при каких обстоятельствах не может применяться в связи с совершением международных преступлений<sup>107</sup>.

60. Наконец, следует обратить внимание на тот факт, что в некоторых делах, которые рассматривались в судах Соединенных Штатов Америки, основанием для предоставления или непредоставления иммунитета стала не оценка действий, совершенных должностным лицом государства, а лишь «предложение» о применимости иммунитета, внесенное властями Соединенных Штатов в порядке применения норм *общего права*<sup>108</sup>. В иных случаях суды не высказывали мнения о применимости иммунитета по разным причинам, таким как исчезновение государства, должностные лица которого исполняли свои должностные обязанности, или непризнание в качестве государства страны, о которой идет речь<sup>109</sup>. Поэтому описанные случаи не могут быть приняты во внимание при формулировании определяющих критериев «действия, осуществленного в официальном качестве».

### iii) Договорная практика

61. В ряде многосторонних договоров в той или иной форме упоминаются «действия, совершаемые в официальном качестве». К первой группе таких документов относятся различные принятые под эгидой Организации Объединенных Наций конвенции, в которых содержатся прямые или косвенные ссылки на иммунитеты. Ко второй группе относятся подписанные как на глобальном, так и на региональном уровне договоры, устанавливающие нормы международного уголовного права и содержащие определение запрещенных международным правом видов поведения, которое в некоторых случаях включает элементы, связанные с выполнением официальных функций.

доктрину «государственного акта» и «политические вопросы» как на исключения, которые могли бы стать основой для принятия судом решения о неподсудности.

<sup>107</sup> Дело *Эйхмана*. Данное решение, помимо прочего, тесно связано с Нюрнбергским процессом, решениями Нюрнбергского трибунала и утвержденными Генеральной Ассамблеей Нюрнбергскими принципами.

<sup>108</sup> Дело *Лафонтан против Аристиды*, Окружной суд Соединенных Штатов Америки, Восточный округ Нью-Йорка, решение от 27 января 1995 года. Дело *A, B, C, D, E, F против Цзянь Цзэминя*, октябрь 2002 года — это дело представляет интерес, поскольку после окончания в 2003 году полномочий Цзянь Цзэминя на посту председателя группа членов парламента от Демократической партии пыталась добиться возобновления производства по делу, что не возымело успеха, поскольку Государственный департамент поддержал внесенное им ранее предложение о применимости иммунитета. Аналогичным образом в деле *Республика Филиппины против Маркоса и других* суд не стал квалифицировать факты, ограничившись заявлением о том, что иммунитет утрачивается, когда обвиняемый перестает быть главой государства и когда дело против него возбуждает само правительство государства, которое он ранее возглавлял. В деле *Яалона* суд принял к рассмотрению направленное ему послом Израиля в Вашингтоне письмо, в котором тот подтвердил, что совершенные указанным должностным лицом действия были совершены во время исполнения им своих должностных обязанностей.

<sup>109</sup> При рассмотрении дела *О сотрудниках пограничной службы* во внимание было принято исчезновение государства, Федеральный верховный суд Германии, решение от 3 ноября 1992 года (дело №. 5 StR 370/92). В другом случае сделанный Итальянским кассационным судом вывод о том, что Организации освобождения Палестины не может рассматриваться в качестве государства, не позволил ему вынести решение о предоставлении иммунитета в деле *Ясира Арафата (Карневали против Валенте)* — обвиняемые *Арафат и Салах*, решение от 28 июня 1981 года.

62. К первой из вышеупомянутых групп относится Венская конвенция о дипломатических сношениях от 18 апреля 1961 года, в которой иммунитет дипломатических агентов от юрисдикции рассматривается как иммунитет *ratione personae*, признаваемый за ними в течение всего срока выполнения их функций в отношении всех действий, совершаемых как в официальном, так и в личном качестве, хотя определения действия, совершаемого в официальном качестве, в указанной конвенции не содержится<sup>110</sup>. С другой стороны, в Конвенции установлены нормы, касающиеся иммунитета членов административно-технического и обслуживающего персонала представительства и сочетающие в себе характерные черты иммунитетов *ratione personae* и *ratione materiae*<sup>111</sup>. Наконец, в Конвенции содержатся конкретные положения, касающиеся иммунитета *ratione materiae*, понимаемого в строгом смысле этого термина. С учетом вышесказанного для целей настоящего доклада необходимо обратить особое внимание на следующие положения Конвенции, которые помогают прояснить концепцию «действия, совершаемого в официальном качестве»:

i) иммунитет дипломатических агентов от юрисдикции понимается как иммунитет *ratione materiae*, т.е. абсолютный иммунитет, однако в Конвенции предусматриваются некоторые изъятия из иммунитета от гражданской и административной юрисдикции, применяемые в следующих случаях: «а) [вещные иски], относящиеся к частному недвижимому имуществу, находящемуся на территории государства пребывания, если только он не владеет им от имени аккредитуемого государства для целей представительства; б) (...) иски, касающиеся наследования, в отношении которых дипломатический агент выступает в качестве исполнителя завещания, попечителя над наследственным имуществом, наследника или отказополучателя как частное лицо, а не от имени аккредитуемого государства; с) (...) иски, относящиеся к любой профессиональной или коммерческой деятельности, осуществляемой дипломатическим агентом в государстве пребывания за пределами своих официальных функций»<sup>112</sup>. В связи с этим действие иммунитета *ratione personae* на такие деяния не распространяется на основании того, что они были совершены дипломатическим агентом в личном качестве и в собственных интересах. Если следовать такой логике, то, как указывается в Конвенции, такие деяния не могут считаться «действиями, совершаемыми в официальном качестве» для целей присвоения иммунитета *ratione materiae* дипломатическим агентам. Кроме того, указанное положение следует рассматривать совместно со статьей 42, согласно которой дипломатическому агенту запрещено заниматься «в государстве пребывания профессиональной или коммерческой деятельностью в целях личной выгоды»;

ii) члены административно-технического персонала пользуются ограниченным иммунитетом, причем их иммунитет от гражданской и административной юрисдикции «не распространяется на действия, совершенные ими не при исполнении своих обязанностей»<sup>113</sup>;

<sup>110</sup> См. статью 31.

<sup>111</sup> Общую информацию см. в статье 37.

<sup>112</sup> См. статью 31.1.

<sup>113</sup> См. статью 37.2. Необходимо помнить о том, что этим иммунитетом пользуются лишь члены административно-технического персонала, которые не являются гражданами государства пребывания или не проживают в нем постоянно.

iii) члены обслуживающего персонала «пользуются иммунитетом только в отношении действий, совершенных ими при исполнении своих обязанностей»<sup>114</sup>;

iv) дипломатический агент, который является гражданином государства пребывания или проживает в нем постоянно, пользуется иммунитетом от юрисдикции и неприкосновенностью только в отношении «официальных действий, совершенных им при выполнении своих функций»<sup>115</sup>, поскольку Комиссия международного права в свое время указала на то, что дипломатические агенты, относящиеся к такой категории, должны «обладать по крайней мере минимальным иммунитетом, чтобы они могли эффективно выполнять свои функции»<sup>116</sup>. Очевидно, что такой иммунитет является иммунитетом *ratione materiae*, а попадающие под него деяния считаются «действиями, совершаемыми в официальном качестве»;

v) действие иммунитета прекращается по окончании срока действия полномочий дипломатического агента и членов административно-технического и обслуживающего персонала, однако в Конвенции предусматривается, что «в отношении действий, совершенных таким лицом [такими лицами] при выполнении своих функций сотрудника представительства, иммунитет продолжает существовать»<sup>117</sup>. Указанный иммунитет является иммунитетом *ratione materiae*, который распространяется исключительно на деяния, совершаемые персоналом представительства при выполнении своих функций, в связи с чем для целей настоящего доклада такие деяния должны рассматриваться как «действия, совершаемые в официальном качестве».

63. Таким образом, необходимо отметить, что в соответствии с Венской конвенцией о дипломатических сношениях «действие, совершаемое в официальном качестве» является действием, совершенным сотрудниками представительства «при выполнении своих непосредственных функций». Вместе с тем в Конвенции не указывается, какие конкретно деяния должны считаться «действиями, совершаемыми в официальном качестве», за исключением рассматриваемых в статьях 31.1 и 42 действий, которые считаются совершенными в личном качестве. В остальных случаях принадлежность определенного деяния к категории «действий, совершаемых в официальном качестве» определяется в индивидуальном порядке на основании наличия взаимосвязи с функциями представительства или его сотрудника. В Конвенции не установлены четкие правила для таких случаев, за исключением содержащихся в статьях 3 и 1 ссылок на непосредственные функции дипломатического представительства или действия сотрудников представительства. Относительно конкретных функций сотрудников представительства необходимо отметить, что положения Конвенции не вносят достаточной ясности в этот вопрос и не определяют, что в целом представляют собой такие функции, за исключением расплывчатого упоминания «административно-технического обслуживания представительства» и

<sup>114</sup> См. статью 37.3. Необходимо помнить о том, что этим иммунитетом пользуются лишь члены административно-технического персонала, которые не являются гражданами государства пребывания или не проживают в нем постоянно.

<sup>115</sup> См. статью 38.1.

<sup>116</sup> См. пункт 3 комментария к статье 37. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1958, vol. II, стр. 110.

<sup>117</sup> См. статью 39.2.



«обязанностей по обслуживанию представительства»<sup>118</sup>. Напротив, в тексте Конвенции более четко определяются функции дипломатического представительства, которые приведены в следующем порядке: «а) представительство аккредитующего государства в государстве пребывания; б) защита в государстве пребывания интересов аккредитующего государства и его граждан в пределах, допускаемых международным правом; с) ведение переговоров с правительством государства пребывания; d) выяснение всеми законными средствами условий и событий в государстве пребывания и сообщении о них правительству аккредитующего государства; е) поощрение дружественных отношений между аккредитующим государством и государством пребывания и в развитии их взаимоотношений в области экономики, культуры и науки», к этому следует добавить консульские функции<sup>119</sup>. Такой перечень позволяет относить к категории «действий, совершаемых в официальном качестве» деяния самого различного характера, однако они, несомненно, должны быть необходимы для выполнения вышеупомянутых функций, которые носят явно публичный и официальный характер и для дипломатических агентов напрямую связаны с концепцией суверенитета и осуществлением прерогатив государственной власти.

64. Конвенция о специальных миссиях от 16 декабря 1969 года<sup>120</sup> и Венская конвенция о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера от 14 марта 1975 года<sup>121</sup> следуют

<sup>118</sup> См. статью 1, пункты (f) и (g).

<sup>119</sup> См. статьи 3.1 и 3.2.

<sup>120</sup> Конвенция 1969 года увязывает «официальность действия» с его совершением в порядке выполнения функций миссии и ее членов, также предусматривая ранее упомянутые ограничения в связи с запретом для представителей государства и членов дипломатического персонала «заниматься в принимающем государстве профессиональной или коммерческой деятельностью в целях личной выгоды» (статья 48) и ограниченность иммунитета представителей посылающего государства и членами дипломатического персонала миссии, которые являются гражданами принимающего государства или постоянно в нем проживают, «действиями, совершаемыми... при исполнении своих функций» (статья 40). Вместе с тем, также как и в Венской конвенции о дипломатических сношениях, в Конвенции о специальных миссиях не содержится перечисления «официальных действий», а определение функций специальной миссии сформулировано в более общем и менее точном виде, чем определение функций дипломатической миссии, и указано лишь, что ««специальная миссия» есть временная миссия, по своему характеру представляющая государство, направляемая одним государством в другое с согласия последнего для рассмотрения с ним определенных вопросов или для выполнения в отношении его определенной задачи» (статья 1, пункт а). Соответственно, в случае и с этой Конвенцией мы также приходим к выводу о том, что определение «действий, совершаемых в официальном качестве» должно проходить на индивидуальной основе с применением критериев официальности и функциональности, которые в силу самого характера специальных миссий очерчены менее четко, хотя увязка этих действий с выполнением государственных функций и государственным суверенитетом сохраняется.

<sup>121</sup> В Конвенции 1975 года оговариваются те же самые вышеуказанные элементы, из чего можно заключить, что условием для признания иммунитета *ratione materiae* является совершение официальных действий в рамках функций миссии или делегации (статьи 30, 36.2, 36.3, 60, 66.2 и 66.3). В этой Конвенции также закрепляются официальный и функциональный аспекты тех действий, которые могут охватываться данным иммунитетом, так как в ней главе представительства и остальным членам дипломатического персонала запрещается «заниматься в государстве пребывания профессиональной или коммерческой деятельностью в целях личной выгоды» (статья 39). В тоже время в ней предусматривается, что граждане государства пребывания и лица, постоянно проживающие в нем, пользуются лишь иммунитетом в отношении

той же модели, которая была рассмотрена выше. В свою очередь, Венская конвенция о консульских сношениях от 24 апреля 1963 года в еще более явной форме отражает связь иммунитета с выполнением конкретных функций от имени государства, предусматривая, что иммунитет охватывает лишь «действия, совершаемые... при выполнении консульских функций»<sup>122</sup>. Кроме того, в ней исключается наличие иммунитета от юрисдикции в случаях подачи иска, «вытекающего из договора, заключенного консульским должностным лицом или консульским служащим, по которому они прямо или косвенно не приняли на себя обязательств в качестве агента представляемого государства»<sup>123</sup>. В этой конвенции также не указаны действия, которые следует считать «совершаемыми в официальном качестве», и потому возникает необходимость снова определять их в каждом отдельном случае, соотнося с консульскими функциями

---

«официальных действий, совершенных ими при выполнении своих функций» (статьи 36 и 37). Вместе с тем в Конвенции 1975 года также не содержится перечисления «действий, совершаемых в официальном качестве», и поэтому их приходится определять индивидуально с помощью вышеупомянутых критериев официальности и функциональности.

<sup>122</sup> См. пункт 1 статьи 43.

<sup>123</sup> См. статью 43 пункт 2.

ми, перечисленными в статье 5<sup>124</sup>, но тем не менее такое более конкретное перечисление консульских функций в указанной статье позволяет с большей уверенностью относить некоторые действия к категории «действий, совершаемых в официальном качестве». Во всяком случае, не вызывает сомнения то, что указанные функции представляют собой осуществление государственной власти и связаны с суверенитетом государства. Наконец, следует отметить, что в Конвенции не признается иммунитет консульских должностных лиц от уго-

<sup>124</sup> В статье 5 Конвенции 1963 года перечисляются следующие консульские функции: «а) защита в государстве пребывания интересов представляемого государства и его граждан (физических и юридических лиц) в пределах, допускаемых международным правом; б) содействие развитию торговых, экономических, культурных и научных связей между представляемым государством и государством пребывания, а также содействие развитию дружественных отношений между ними иными путями в соответствии с положениями настоящей Конвенции; в) выяснение всеми законными путями условий и событий в торговой, экономической, культурной и научной жизни государства пребывания, сообщение о них правительству представляемого государства и предоставление сведений заинтересованным лицам; г) выдача паспортов и проездных документов гражданам представляемого государства и виз или соответствующих документов лицам, желающим поехать в представляемое государство; е) оказание помощи и содействия гражданам (физическим и юридическим лицам) представляемого государства; ф) исполнение обязанностей нотариуса, регистратора актов гражданского состояния и других подобных обязанностей, а также выполнение некоторых функций административного характера, при условии, что в этом случае ничто не противоречит законам и правилам государства пребывания; г) охрана интересов граждан (физических и юридических лиц) представляемого государства в случае преемства “mortis causa” на территории государства пребывания в соответствии с законами и правилами государства пребывания; h) охрана в рамках, установленных законами и правилами государства пребывания, интересов несовершеннолетних и иных лиц, не обладающих полной дееспособностью, которые являются гражданами представляемого государства, в особенности, когда требуется установление над такими лицами какой-либо опеки или попечительства; i) с соблюдением практики и порядка, принятых в государстве пребывания, представительство или обеспечение надлежащего представительства граждан представляемого государства в судебных и иных учреждениях государства пребывания с целью получения, в соответствии с законами и правилами государства пребывания, распоряжений о предварительных мерах, ограждающих права и интересы этих граждан, если, в связи с отсутствием или по другим причинам, такие граждане не могут своевременно осуществить защиту своих прав и интересов; j) передача судебных и несудебных документов или исполнение судебных поручений или же поручений по снятию показаний для судов представляемого государства в соответствии с действующими международными соглашениями или, при отсутствии таких соглашений, в любом ином порядке, не противоречащем законам и правилам государства пребывания; k) осуществление предусматриваемых законами и правилами представляемого государства прав надзора и инспекции в отношении судов, имеющих национальность представляемого государства, и самолетов, зарегистрированных в этом государстве, а также в отношении их экипажа; l) оказание помощи судам и самолетам, упомянутым в пункте (k) настоящей статьи, и их экипажу, принятие заявлений относительно плавания судов, осмотр и оформление судовых документов и, без ущерба для прав властей государства пребывания, расследование любых происшествий, имевших место в пути, и разрешение всякого рода споров между капитаном, командным составом и матросами, поскольку это предусматривается законами и правилами представляемого государства; m) выполнение других функций, возложенных на консульское учреждение представляемым государством, которые не запрещаются законами и правилами государства пребывания или против выполнения которых государство пребывания не имеет возражений или же которые предусмотрены международными договорами, действующими между представляемым государством и государством пребывания».

ловной юрисдикции<sup>125</sup>, но это не мешает использовать вышеуказанные факторы в качестве ориентировочных критериев для определения понятия «действия, совершаемого в официальном качестве».

65. Завершая рассмотрение первой группы многосторонних соглашений, отметим, что для определения понятия «действия, совершаемого в официальном качестве» также можно принять во внимание Конвенцию Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности от 16 декабря 2004 года, а именно то, что, как было отмечено в свое время Комиссией международного права, содержащиеся в пункте 1 статьи 2 выражения «государство и его различные органы управления» (i) и «представители государства, действующие в этом качестве» (iv) подразумевают применимость иммунитета *ratione materiae*<sup>126</sup>. Вместе с тем в рамках настоящего доклада при анализе положений Конвенции 2004 года необходимо учитывать, прежде всего, два момента, а именно: i) то, что указанная Конвенция не применима к уголовной юрисдикции<sup>127</sup>, и ii) что различие между действиями *iure imperii* и действиями *iure gestionis*, которое лежит в ее основе, не сопоставимо с рассматриваемым в настоящем докладе различием между «действием, совершаемым в официальном качестве» и «действием, совершаемым в личном качестве». В любом случае, Конвенция 2004 года содержит элемент, представляющий интерес для нашего исследования: в связи с вопросом о применимости иммунитета государства к какому-либо действию в ней особо отмечается возможность присвоения государству действий его должностных лиц и предусматривается необходимость продемонстрировать связь действия с осуществлением государством суверенитета.

66. Что касается международного уголовного права, то в первую очередь следует обратить внимание на Конвенцию против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания от 10 декабря 1984 года, в которой официальный характер деяния фигурирует в качестве одного из элементов самого определения пытки, предусматривающего, что «боль или страдания» жертве причиняются «государственным должностным лицом или иным лицом, выступающим в официальном качестве, или по их подстрекательству или с их ведома или молчаливого согласия» (статья 1, пункт 1, *in fine*). Кроме того, в пункте 3 статьи 2 говорится о приказах, исходящих от «вышестоящего начальника или государственной власти». Наконец, после установления обязанности государства классифицировать пытки как преступления в своем внутреннем праве, в качестве одного из элементов определения пыток вновь прямо указывается, что такие акты совершаются «госу-

<sup>125</sup> Несмотря на это, Конвенция предусматривает, что при производстве уголовного дела консульскому должностному лицу «должно оказываться уважение ввиду его официального положения и... должно ставиться как можно меньше препятствий выполнению им консульских функций» (статья 41, пункт 3). Те же самое Конвенция предусматривает в случаях привлечения к уголовной ответственности «почетных консульских должностных лиц» (см. статью 63).

<sup>126</sup> В этой связи представляют интерес комментарии Комиссии к статье 2 (пункты 6, 8 и 17) и статье 3 (пункт 1) проекта статей о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, принятого во втором чтении в 1991 году. См. *Ежегодник Комиссии международного права*, 1991 год, том II, часть вторая.

<sup>127</sup> См. комментарий Комиссии международного права к проекту статьи 3, в предварительном порядке принятому в 2013 году, в частности пункт 4 и примечание 274 (*Доклад Комиссии международного права о работе ее шестьдесят пятой сессии*, A/68/10, пункт 49).

дарственным должностным лицом или иным лицом, выступающем в официальном качестве» (статья 16 пункт 1)<sup>128</sup>. При толковании указанных понятий Комитет против пыток в своих замечаниях общего порядка<sup>129</sup> отмечает, что запрещаемые деяния — это деяния, совершаемые «лицами, которые действуют де-юре или де-факто от имени государства»<sup>130</sup>, «должностными лицами или субъектами, действующими от его имени»<sup>131</sup> и «государственными органами или другими лицами, выступающими в официальном качестве»<sup>132</sup>, утверждая, что указанные лица «действуют в качестве официальных должностных лиц, поскольку им поручено выполнять государственные функции»<sup>133</sup>. К этому следует добавить, что Комитет, указывая в своем замечании общего порядка № 3 на несовместимость с Конвенцией иммунитета определенных лиц, использует выражение «его [государства] агентам»<sup>134</sup>. Соответственно, понятие пыток включает, *prima facie*, неоспоримый компонент официальности.

67. Этот признак «официальности» также получил свое отражение в Межамериканской конвенции о предупреждении пыток и наказании за них от 12 сентября 1985 года, в которой подчеркивается связь с государством и официальный характер совершаемых актов, но при этом участие государственного должностного лица не выделяется в качестве элемента состава уголовного преступления<sup>135</sup>. Тем не менее обязательное условие участия государственных должностных лиц в совершении пыток фигурирует в перечислении лиц, несущих ответственность за такое преступление:

- а. Государственный служащий или чиновник, который, действуя в этом качестве, предписывает, поощряет или провоцирует использование пыток или который непосредственно их применяет, или который, будучи в состоянии предотвратить их применение, не делает этого.

<sup>128</sup> Помимо этих прямых указаний на должностных лиц и государственные власти, в пункте 1 статьи 10, в котором говорится о мерах подготовки, направленных на предотвращение пыток, перечисляются следующие категории лиц: «персонал правоприменительных органов, гражданский или военный, медицинский персонал, государственные должностные лица и другие лица, которые могут иметь отношение к содержанию под стражей и допросам лиц, подвергнутых любой форме ареста, задержания или тюремного заключения, или обращению с ними».

<sup>129</sup> В пунктах 3 и 8(b) замечания общего порядка от 21 ноября 1997 года относительно осуществления статьи 3 Конвенции в контексте статьи 22 говорится о «должностных лицах или иных лицах, выступающих в официальном качестве» (см. *Доклад Комитета против пыток, Генеральная Ассамблея, официальные отчеты, пятьдесят третья сессия, Дополнение № 44, A/53/44, приложение IX*). В замечании общего порядка № 2 «Имплементация статьи 2 государствами-участниками» от 24 января 2008 года говорится о «должностных лицах и других лицах... выступающих в официальном качестве» (пункт 15) и о «должностных лицах» (пункт 18) (см. CAT/C/GC/2). Кроме того, в замечании общего порядка № 3 «Осуществление статьи 14 государствами-участниками» от 13 декабря 2012 года говорится о «государственных органах или других лицах, выступающих в официальном качестве» (пункт 7) и о «государственных должностных лицах» (пункт 18) (см. CAT/C/GC/3).

<sup>130</sup> См. замечание общего порядка № 2, пункт 7.

<sup>131</sup> См. замечание общего порядка № 2, пункты 15 и 19.

<sup>132</sup> См. замечание общего порядка № 2, пункт 18, и замечание общего порядка № 3, пункт 7.

<sup>133</sup> См. замечание общего порядка № 2, пункт 17.

<sup>134</sup> См. замечание общего порядка № 3, пункт 42.

<sup>135</sup> См. статью 2.

b. Лицо, которое, подстрекаемое каким-либо государственным служащим или чиновником из числа упомянутых в подпункте (а), предписывает, поощряет или провоцирует применение пыток, непосредственно их совершает или принимает участие в их совершении<sup>136</sup>.

68. Как представляется, это обязательное условие наличия связи между пытками и должностным лицом государства отсутствует в Римском статуте Международного уголовного суда, в котором пытки определяются как преступление против человечности<sup>137</sup> и как военное преступление<sup>138</sup>, но не содержится никакого упоминания о лицах, могущих совершить преступление в виде пытки, из чего можно заключить, что признаки наличия связи с государством и официального характера действия перестали учитываться<sup>139</sup>. Однако такой вывод можно сделать лишь с некоторыми оговорками. Если говорить о пытках как о преступлении против человечности, то следует помнить, что пытки должны «[совершаться] в рамках широкомасштабного или систематического нападения на любых гражданских лиц»<sup>140</sup>, а если рассматривать пытки как военное преступление, то необходимо, чтобы они были совершены «в рамках плана или политики или при крупномасштабном совершении таких преступлений»<sup>141</sup>. В обоих случаях это порождает последствия, которые анализируются ниже<sup>142</sup>.

69. Здесь также следует упомянуть Международную конвенцию для защиты всех лиц от насильственных исчезновений, в которой, содержится аналогичное определение применительно к насильственным исчезновениям:

Арест, задержание, похищение или лишение свободы в любой другой форме представителями государства или же лицами или группами лиц, действующими с разрешения, при поддержке или с согласия государства, при последующем отказе признать факт лишения свободы или сокрытии данных о судьбе или местонахождении исчезнувшего лица, вследствие чего это лицо оставлено без защиты закона<sup>143</sup>.

70. Признак «официальности» преступного поведения отражен и в Межамериканской конвенции о насильственном исчезновении лиц, в которой это преступление определяется следующим образом:

Акт лишения свободы лиц или лиц любым способом, совершенный представителями государства или же лицами или группами лиц, действующими с разрешения, при поддержке или с согласия государства, при последующем отсутствии информации или отказе признать факт лишения свободы или сокрытии данных о местонахождении исчезнувшего лица,

<sup>136</sup> См. статью 3.

<sup>137</sup> См. статью 7 (1) (f).

<sup>138</sup> См. статью 8, пункт 2 (a) (ii) и (c) (i).

<sup>139</sup> В части «Элементов преступлений», касающейся этих преступлений, также не содержится никакой ссылки на официальный статус исполнителей.

<sup>140</sup> См. вводную часть статьи 7.1, а также статью 7.2(a), а также пункт 3 введения к статье 7 в «Элементах преступлений».

<sup>141</sup> См. статью 8.1.

<sup>142</sup> См. пункт 72.

<sup>143</sup> Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений, статья 2.

вследствие чего это лицо лишается возможности воспользоваться применимыми средствами правовой защиты и процессуальными гарантиями<sup>144</sup>.

71. Признак «официальности» исполнителя не отражен в качестве одного из элементов состава уголовного преступления в Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него от 9 декабря 1948 года. Однако в статье 4 прямо говорится, что преступление геноцида может быть совершено «правителями, должностными или частными лицами». Это позволяет сделать вывод о том, что в некоторых случаях данное преступление может считаться «действием, осуществляемым в официальном качестве». При этом, как отмечала в своих работах Комиссия, геноцид охватывает целый ряд деяний, которые вряд ли могут быть совершены без участия, поддержки или согласия государства<sup>145</sup>.

72. Кроме того, для целей определения некоторых преступлений в качестве «действия, осуществляемого в официальном качестве» представляется целесообразным проанализировать Римский статут Международного уголовного суда от 17 июля 1998 года. Как уже отмечалось выше, в Статуте предусмотрено условие, согласно которому для того, чтобы те или иные виды поведения считались преступлениями против человечности, необходимо, чтобы они «совершались в рамках широкомасштабного или систематического нападения на любых гражданских лиц». Такое нападение следует понимать как «линию поведения, включающую многократное совершение [актов преступления против человечности] против любых гражданских лиц, предпринимаемых в целях проведения политики государства или организации, направленной на совершение такого нападения, или в целях содействия такой политике»<sup>146</sup>, для чего необходимо, чтобы «государство или организация активно поощряли такое поведение, как нападение на гражданское население, или подстрекали к нему»<sup>147</sup>. Таким образом, преступления, перечисленные в пункте 1 статьи 7 Римского статута, могут считаться совершенными при наличии «действий, осуществляемых в официальном качестве» в том смысле, в каком это словосочетание употребляется в настоящем докладе.

73. Вместе с тем наиболее четко официальный характер действия отражен в определении преступления агрессии, которое приводится в статье 8 bis Римского статута. В соответствии с этим определением преступление агрессии является «преступлением, совершаемым руководящими лицами», то есть может быть совершено лишь лицом, которое «в состоянии фактически осуществлять руководство или контроль за политическими или военными действиями государства» и подразумевает осуществление руководящим лицом или лидером целого ряда связанных с «актом агрессии» актов поведения<sup>148</sup>, которые, согласно самому Статуту, понимаются как «применение вооруженной силы государством против суверенитета, территориальной неприкосновенности или политической независимости другого государства или каким-либо другим образом,

<sup>144</sup> Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, de 9 de junio de 1994, artículo II.

<sup>145</sup> См. пункты 91 и 93 ниже.

<sup>146</sup> См. вводную часть статьи 7.1, а также статью 7.2 (а).

<sup>147</sup> См. пункт 3 введения к статье 7 в «Элементах преступлений».

<sup>148</sup> См. статью 8 bis. 1. Также см. пункт 2 «Элементов преступлений» применительно к преступлению агрессии.

несовместимым с Уставом Организации Объединенных Наций»<sup>149</sup>. Таким образом, мы приходим к выводу о том, что преступление агрессии в том виде, в каком оно определяется в Римском статуте, следует считать «действием, осуществляемым в официальном качестве».

74. Наконец, следует упомянуть различные конвенции против коррупции, принятые как на глобальном, так и на региональном уровнях. Прежде всего, следует отметить Конвенцию Организации Объединенных Наций против коррупции от 31 октября 2003 года, в которой рассматриваются различные акты коррупции, совершаемые должностными лицами государства. Все эти акты напрямую связаны с осуществлением данными лицами должностных обязанностей, однако целью их совершения является получение «какого-либо неправомерного преимущества для самого должностного лица или иного физического или юридического лица»<sup>150</sup>. Кроме того, следует обратить внимание на тот факт, что Конвенция затрагивает проблематику иммунитета должностного лица государства (пусть даже с точки зрения внутригосударственного права) и устанавливает, что государства-участники обязаны

«принимать такие меры, какие могут потребоваться, с тем чтобы установить или обеспечить, в соответствии со своей правовой системой и конституционными принципами, надлежащую сбалансированность между любыми иммунитетами или юрисдикционными привилегиями, предоставленными его публичным должностным лицам в связи с выполнением ими своих функций, и возможностью, в случае необходимости, осуществлять эффективное расследование и уголовное преследование и выносить судебное решение в связи с преступлениями, признанными таковыми в соответствии с (...) Конвенцией»<sup>151</sup>.

75. В свою очередь, в Межамериканской конвенции против коррупции от 29 марта 1996 года также говорится об актах коррупции, совершаемых «должностным лицом или лицом, выполняющим публичные функции» в связи с осуществлением функций, порученных им государством. В данном случае действие также характеризуется наличием точной цели, заключающейся в получении «какого-либо предмета, имеющего денежную стоимость, или других преимуществ, таких как материальные и нематериальные блага, обещания или выгоды для себя самого или для другого лица» или попросту в «незаконном получении преимуществ для себя самого или для третьей стороны»<sup>152</sup>. Наконец, следует отметить, что в Межамериканской конвенции прямо указывается, что

<sup>149</sup> См. статью 8 bis. 2. Это определение повторяется в «Элементах преступлений», в которых одним из необходимых элементов применительно к «акту агрессии» является его совершение (см. пункт 3).

<sup>150</sup> Речь идет о следующих преступлениях: i) подкуп национальных публичных должностных лиц (статья 15); ii) подкуп иностранных публичных должностных лиц и должностных лиц публичных международных организаций (статья 16); iii) хищение, неправомерное присвоение или иное нецелевое использование имущества публичным должностным лицом (статья 17); iv) злоупотребление влиянием в корыстных целях (статья 18); v) злоупотребление служебным положением (статья 19); vi) незаконное обогащения (статья 20); и vii) подкуп в частном секторе (статья 21).

<sup>151</sup> См. статью 30.2.

<sup>152</sup> См. статью VI, в которой дается определение актов коррупции. То же самое обязательное наличие цели характеризует ряд преступлений, которые перечисляются в статье XI под общим заголовком «Прогрессивное развитие». См. также статьи VIII (транснациональный подкуп) и IX (незаконное обогащение).



ни один из таких актов не может считаться «политическим преступлением или общеуголовным преступлением, связанным с политическим преступлением» лишь на основании того факта, что полученное имущество предназначалось для политических целей или сам акт совершен по политическим соображениям или в политических целях<sup>153</sup>.

76. В Конвенции Совета Европы об уголовной ответственности за коррупцию, принятой 27 января 1999 года, также определяется ряд деяний, представляющих собой акты коррупции, которые государства должны классифицировать в качестве уголовно наказуемых преступлений и которые осуществляются национальными или иностранными «государственными субъектами», членами национальных, международных собраний или собраний других государств либо судьями или должностными лицами международных судов. Как и в двух вышеупомянутых конвенциях, в указанной конвенции говорится о том, что в действиях должностного лица присутствует элемент намерения, т.е. акт коррупции совершается с целью получить «какое-либо неправомерное преимущество (...) для самого этого лица или любого иного лица»<sup>154</sup>. В Конвенции Совета Европы рассматривается также тема иммунитета, в данном случае в международном контексте; так, в ней устанавливается, что «положения (...) Конвенции применяются без ущерба для положений любого договора, протокола или устава, а также текстов, регулирующих их применение, в том, что касается лишения иммунитета»<sup>155</sup>. Эта расплывчатая формулировка толкуется самим Советом Европы как признание обязанности государств-членов соблюдать применимые нормы (как договорного, так и обычного права), касающиеся привилегий и иммунитетов, при осуществлении своей юрисдикции в отношении преступлений, указанных в Конвенции, в частности в том, что касается «сотрудников международных и наднациональных государственных организаций (...), членов международных парламентских ассамблей (...), а также судей и должностных лиц международных судов»<sup>156</sup>.

77. Наконец, в Конвенции Африканского союза о предупреждении коррупции и борьбе с ней, принятой 11 июля 2003 года, также предусматривается вероятность того, что государственные служащие могут совершать акты коррупции в процессе выполнения своих должностных обязанностей с целью получить «преимущество для себя или третьего лица»<sup>157</sup>.

#### iv) Работа Комиссии международного права над другими темами

78. Как отмечается в третьем докладе Специального докладчика, Комиссия международного права ранее уже занималась различными темами, в рамках которых рассматривались вопросы, связанные с иммунитетом и представляющие интерес для целей определения понятия «действия, совершаемые в официальном качестве». Несомненно, немалый интерес представляет работа, связанная с проектом статей относительно ответственности государств за международно противоправные деяния. Кроме того, определенный интерес представляет работа, завершившаяся принятием Нюрнбергских принципов в 1954 году и Про-

<sup>153</sup> См. статью XVII.

<sup>154</sup> См. статьи 2, 3, 4, 5, 6, 9, 10 и 11.

<sup>155</sup> См. статью 16.

<sup>156</sup> См. *Пояснительный доклад*, пункт 77. С текстом *Пояснительного доклада* можно ознакомиться на веб-сайте [conventions.coe.int](http://conventions.coe.int).

<sup>157</sup> См. статью 4.

екта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества в 1996 году. Также представляется целесообразным проанализировать работу Комиссии над проектом статей о международной ответственности международных организаций.

79. Несомненно, для целей настоящего доклада большое значение имеет проект статей относительно ответственности государств за международно противоправные деяния<sup>158</sup>. Действительно, если исходить из того понимания, что «действие, совершаемое в официальном качестве» требует установления связи между этим действием и выполнением обязанностей или действий, присущих государству, то становится очевидно, что следует обязательно учитывать содержащиеся в статьях 4–11 указанного проекта статьи положения о присвоении того или иного действия государству. В этих положениях содержатся элементы, имеющие отношение как к понятию «должностное лицо государства», так и к понятию «действие, совершаемое в официальном качестве». Первые элементы уже рассматривались в третьем докладе<sup>159</sup>, поэтому в настоящем докладе будут анализироваться исключительно те элементы, которые могут использоваться для определения характерных особенностей такого действия, которые заключаются в исполнении обязанностей от имени государства и осуществлении «элементов государственной власти»<sup>160</sup> или «законодательных, исполнительных, судебных или каких-либо иных функций»<sup>161</sup>.

80. Во-первых, что касается определения того, как происходит присвоение того или иного действия государству и каким образом можно сделать вывод о том, что то или иное лицо действует от имени государства, то определенный интерес представляют комментарии Комиссии к указанным статьям. Так, во вступительной части говорится об общем правиле присвоения, которое состоит в том, что «государству на международном уровне присваивается лишь поведение его органов управления или других субъектов, действующих по указанию, под руководством или под контролем таких органов, т. е. агентов государства»<sup>162</sup>. Кроме того, значение в данном случае имеет не внутренняя функция, которую выполняет этот агент государства, а тот факт, что он выполняет «государственные функции» и осуществляет «действия, являющиеся прерогативой государственной власти»<sup>163</sup>. Как отмечает Комиссия в своем комментарии к статье 7, определяющим фактором является то, «было ли деяние совершено этим органом в официальном качестве или нет»<sup>164</sup>. По мнению Комиссии, это также предполагает, что лицо, совершившее такое деяние, действовало «явно в официальном качестве или под прикрытием предоставленных ему полномочий»<sup>165</sup>.

81. Во-вторых, следует отметить, что, по мнению Комиссии, важнейшим элементом, позволяющим присваивать поведение государству, является действие должностного лица в качестве органа или агента государства, когда оно руко-

<sup>158</sup> Доклад Комиссии международного права о работе ее пятьдесят третьей сессии, A/56/10, стр. 12 и след.

<sup>159</sup> См. A/CN.4/673, пункты 106–110.

<sup>160</sup> См. статью 5.

<sup>161</sup> См. статью 4.1.

<sup>162</sup> Там же, стр. 70, пункт 2.

<sup>163</sup> Там же, стр. 72, пункт 5.

<sup>164</sup> Там же, стр. 94, пункт 7.

<sup>165</sup> Документ A/56/10, стр. 82.

водствуется другими интересами, помимо личных. К этому следует добавить, что в соответствии с положениями статьи 7, «поведение органа государства либо лица или образования, уполномоченных осуществлять элементы государственной власти, рассматривается как деяние этого государства по международному праву, если этот орган, лицо или образование действуют в этом качестве, даже если они превышают свои полномочия или нарушают указания». Речь идет о действиях *ultra vires* лиц или органов, уполномоченных осуществлять государственную власть, — действиях, которые по иным причинам перестают быть актами, присваиваемыми государству для целей установления ответственности. Тем не менее, как отметила Комиссия, «случаи, когда должностные лица действуют в своем официальном качестве, пусть даже и с нарушением закона (...), следует отличать от случаев, когда то или иное поведение должностного лица настолько далеко отстоит от выполнения им его обычных функций, что должно быть приравнено к поведению частного лица, которое не может быть присвоено государству»<sup>166</sup>.

82. В-третьих, следует напомнить о том, что в проекте статей приводится также перечень действий, совершаемых лицами, которые не являются органами или агентами государства и в отношении которых нельзя или трудно сделать обоснованный вывод о том, что они совершали действия, являющиеся прерогативой государственной власти. В проекте главным образом рассматриваются следующие ситуации: i) поведение под руководством или контролем государства (статья 8); ii) поведение в отсутствие или при несостоятельности официальных властей (статья 9); и iii) поведение, которое признается и принимается государством в качестве собственного (статья 11). К этим трем категориям поведения следует добавить действия повстанческих движений, которые при определенных обстоятельствах присваиваются государству в ретроактивном порядке. В конечном счете предпринимается попытка дать как можно более широкое определение действий, которые прямо или косвенно могут быть присвоены государству в целях установления ответственности, во избежание того, чтобы государство, действуя неправомерными методами, избежало ответственности за действия, которые, вне всяких сомнений, были совершены в его интересах, а в некоторых случаях — под его контролем или с его подразумеваемого согласия.

83. В любом случае, следует подчеркнуть, что, хотя Комиссия отметила, что в области международного права значение имеет установление того факта, что деяние, совершенное должностным лицом, является официальным актом «государственной власти», она не дала определение этому понятию. Напротив, после изучения сферы охвата полномочий на осуществление государственной власти Комиссия международного права в комментарии к статье 5 подчеркнула, что содержание понятия «государственная власть» носит неопределенный характер. Несмотря на это в комментариях к соответствующим статьям предлагается ряд отдельных примеров того, что понимается под государственной властью, а именно: полицейские функции<sup>167</sup>, содержание под стражей и кон-

<sup>166</sup> Там же, стр. 94. Как по-прежнему утверждает Комиссия международного права, цитируя решение Трибунала по урегулированию претензий между Ираном и Соединенными Штатами, весь вопрос в том, совершено ли деяние «лицами, облеченными государственной властью».

<sup>167</sup> См. Доклад Комиссии международного права о работе ее пятьдесят третьей сессии, A/56/10, стр. 72, пункт 6; стр. 85, пункт 5; и стр. 103, пункт 6.

троль за соблюдением режима в соответствии с приговором суда или тюремным уставом<sup>168</sup>, а также иммиграционный или санитарный контроль<sup>169</sup>. Тот факт, что до сих не разработано определение понятия «элементы государственной власти», объясняется рядом факторов практического характера, которые требуют анализа в каждом конкретном случае, причем «важно не только содержание полномочий, но и то, каким образом они возлагаются (...), в каких целях они осуществляются и в какой степени [соответствующее образование] подотчетно государству в связи с их осуществлением»<sup>170</sup>. В любом случае не вызывает никаких сомнений то, что понятие «элементы государственной власти» следует понимать в широком смысле, включая осуществление законодательных, судебных и исполнительных прерогатив.

84. В этом контексте следует также напомнить, что, как утверждает Комиссия, для целей присвоения не имеет значения, что поведение государственного органа может быть квалифицировано как «коммерческое» или как “*acta iure gestionis*”. Как указала Комиссия, «нарушение государством коммерческого контракта само по себе не является нарушением международного права. (...) Но заключение или нарушение государственным органом коммерческого контракта считается тем не менее деянием государства для целей статьи 4 и может при определенных обстоятельствах являться международно-противоправным деянием»<sup>171</sup>.

85. Чтобы завершить анализ указанного документа, следует отметить, что в статье 58 Комиссия говорит о том, что «[статьи об ответственности государств] не затрагивают вопросов индивидуальной ответственности по международному праву любого лица, действующего от имени государства». Таким образом, Комиссия допускает существование двух различных типов ответственности, которые могут возникать в результате совершения одного и того же деяния, а именно: ответственности государства и индивидуальной ответственности. В настоящем докладе мы еще вернемся к этому вопросу<sup>172</sup>.

86. Хотя в проекте статей о международной ответственности международных организаций не содержится прямого указания на «действия, осуществляемые в официальном качестве» «должностным лицом государства», это не означает, что в ходе работы Комиссии по данной теме не возникали вопросы, представляющие интерес для целей настоящего доклада. В этой связи следует затронуть понятия «эффективный контроль», а также выполнение «служебных обязанностей» или «официальных функций». Вопрос об «эффективном контроле» возникает, в первую очередь, в контексте операций по поддержанию мира; в связи с этим Комиссия отмечает, что

«присвоение поведения предоставляющему войска государству явным образом связано с сохранением им некоторых правомочий над его национальным контингентом и, следовательно, с контролем, которым наделено это государство в соответствующем отношении. (...) в тех случаях, когда орган или агент предоставлен в распоряжение международной организа-

<sup>168</sup> Там же, стр. 83, пункт 2.

<sup>169</sup> Там же.

<sup>170</sup> Там же, стр. 86, пункт 6. В данном случае Комиссия подтвердила, что «вкладываемый в понятие “государственный” зависит от конкретного общества, его истории и традиций».

<sup>171</sup> См. ниже пункты 98–101.

<sup>172</sup> См. ниже пункты 98–101.

ции, решающее значение в отношении присвоения конкретного поведения, как представляется, имеет тот, кто обладает эффективным контролем применительно к рассматриваемому поведению»<sup>173</sup>.

87. Во втором случае Комиссия международного права упоминает «осуществление органом или агентом функций, которыми наделяется этот орган или агент», поскольку в этом контексте указание на «осуществление элементов государственной власти» лишено смысла. Поэтому в своих комментариях Комиссия упоминает поведение, которое «связано с официальными функциями», или поведение «при исполнении служебных обязанностей»; в частности, в комментариях к статье 8, касающихся присвоения той или иной организации акта *ultra vires*, она заявляет:

«Практика международных организаций подтверждает, что поведение *ultra vires* органа или агента присваивается организации, если такое поведение связано с официальными функциями органа или агента. (...) Если поведение члена национального контингента «не при исполнении служебных обязанностей» не присваивается организации, то поведение «при исполнении служебных обязанностей» может присваиваться. В этом случае необходимо будет рассматривать вопрос о том, относится ли поведение *ultra vires* к функциям, возложенным на соответствующее лицо»<sup>174</sup>.

88. Наконец, следует отметить, что в статье 66 проекта статей об ответственности международных организаций содержатся те же положения о том, что вопросы индивидуальной ответственности не затрагиваются, и, таким образом, признается, что одно и то же действие может порождать два различных типа ответственности<sup>175</sup>.

89. В Принципах международного права, признанных Уставом Нюрнбергского трибунала и нашедших выражение в его решении<sup>176</sup>, Комиссия международного права не затрагивала ни вопрос официального характера указанных в них преступлений, ни вопрос их присвоения государству. Вместо этого в них дается определение международно-правовых преступлений и провозглашается международно-правовая ответственность лиц, совершивших такие преступления. Однако это не означает, что здесь Комиссия не принимала во внимание тот факт, что квалифицируемые преступления имеют отношение к государству. Напротив, анализ работы Комиссии позволяет сделать вывод о том, что упомянутые Принципы должны толковаться с учетом тех материалов, на основе которых они были разработаны, в первую очередь Лондонского устава, которым был учрежден Нюрнбергский трибунал, и решений этого трибунала. Таким образом, из этого документа, который был выработан Комиссией и впоследствии принят Генеральной Ассамблеей, можно вычленил следующие элементы:

i) преступления, указанные в Принципе VI (преступления против мира, военные преступления и преступления против человечности), опреде-

<sup>173</sup> См. комментарий к проекту статьи 7. *Доклад Комиссии международного права*, шестьдесят третья сессия, A/66/10, пункт 88.

<sup>174</sup> Там же. См. комментарий к статье 8, особенно пункты 4 и 8–10.

<sup>175</sup> Текст статьи 66 совпадает с текстом статьи 58, за исключением добавления словосочетания «международной организации».

<sup>176</sup> Резолюция 488 (V) Генеральной Ассамблеи, Формулировка Нюрнбергских принципов, 12 декабря 1950 года.

ляются таким образом, что очевидно прослеживается связь между деяниями, составляющими эти преступления, и деятельностью государства<sup>177</sup>;

ii) к возможным исполнителям данных преступлений Комиссия относит лиц, которые «действовал[и] в качестве главы государства или ответственного должностного лица правительства», т.е. действовали в качестве должностного лица государства в том смысле, в каком этот термин понимается в контексте темы настоящего доклада<sup>178</sup>;

iii) Комиссия также указывает на возможность того, что «какое-либо лицо действовало во исполнение приказа своего правительства или начальника», а значит это преступление может быть также присвоено государству, руководствуясь правилами, которые сформулированы в «Проекте статей о международной ответственности государства»<sup>179</sup>.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что преступления, указанные в Нюрнбергских принципах, могут считаться «действиями, осуществляемыми в официальном качестве», по крайней мере в некоторых случаях. Причем независимо от этого в Принципах устанавливается индивидуальная ответственность тех, кто совершает такие действия<sup>180</sup>.

90. И наконец, в связи с анализом работ Комиссии международного права необходимо изучить вопрос о том, как Комиссия трактует понятие «действия, осуществляемые в официальном качестве» в текстах проекта кодекса преступ-

<sup>177</sup> В Принципе VI используется следующая формулировка: «Преступления, указанные ниже, наказуются как международно-правовые преступления:

a) Преступления против мира:

i) Планирование, подготовка, развязывание или ведение агрессивной войны или войны в нарушение международных договоров, соглашений или заверений;

ii) Участие в общем плане или заговоре, направленных к осуществлению любого из действий, упомянутых в подпункте (i);

b) Военные преступления:

Нарушение законов или обычаев войны и, в том числе, но не исключительно, убийства, дурное обращение или увод на рабский труд или для других целей гражданского населения оккупированной территории, убийства или дурное обращение с военнопленными или лицами, находящимися в море, убийства заложников или разграбление государственной и частной собственности, разграбление городов и деревень или разорение, не оправдываемое военной необходимостью;

c) Преступления против человечности:

Убийства, истребление, порабощение, высылка и другие бесчеловечные акты, совершаемые в отношении гражданского населения, или преследование по политическим, расовым или религиозным мотивам, если такие действия совершаются или такие преследования имеют место при выполнении какого-либо преступления против мира или какого-либо военного преступления, или в связи с таковыми».

<sup>178</sup> См. Принцип III. Следует напомнить, что в своих комментариях к этому принципу Комиссия подчеркнула, что речь идет о лице, занимающем официальную должность, поскольку данная категория выделяется на основании упоминания Нюрнбергским трибуналом «представителей государства» и лиц, «действующих в рамках исполнения власти государства». См. *Yearbook of the International Law Commission, 1950, vol. II* и Доклад Комиссии международного права, особенно пункты 103–104.

<sup>179</sup> См. Принцип IV.

<sup>180</sup> Следует обратить внимание на то, что Нюрнбергский трибунал не принял аргумент стороны защиты, согласно которому действия, ставшие предметом судебного разбирательства, являются исключительно «действиями государства», что позволяет автоматически исключить возможность возникновения индивидуальной ответственности.

лений против мира и безопасности человечества 1954 и 1996 годов. Что касается данного проекта кодекса, то следует, во-первых, отметить, что, как и в случае с Нюрнбергскими принципами, Комиссия не сочла нужным определять, следует ли считать то или иное преступление «действием, осуществляемым в официальном качестве». Несмотря на это, изучив сам проект кодекса и комментарии Комиссии к некоторым из его статей, можно сделать важные выводы, касающиеся этого вопроса.

91. В статье 2 проекта кодекса 1954 года перечислены преступления против мира и безопасности<sup>181</sup>. Пункты 1–9 посвящены деяниям, которые могут быть совершены исключительно «властями какого-либо государства», а в пунктах 10 и 11 указывается на возможность совершения деяний «властями какого-либо государства или частными лицами». Однако позже Специальный докладчик г-н Дуду Тиам, обращаясь к данным видам преступлений (перечисленным в пунктах 10 и 11), отметил, что

«участие частных лиц, теоретически неосуществимое, на практике представляется возможным. Геноцид представляет собой систематическую деятельность в больших масштабах по уничтожению этнического меньшинства, национальной или религиозной группы. В современном мире частные лица вряд ли смогут одни осуществить такую деятельность. Это справедливо также и по отношению ко всем другим преступлениям против человечества, которые требуют мобилизации таких средств уничтожения, которые может предоставить исполнителям этих преступлений лишь наличие власти. Некоторые из этих преступлений — например, апартеид — могут быть лишь деянием государства. Одним словом, представляется спорным, чтобы частные лица могли быть основными исполнителями преступлений против мира и безопасности человечества»<sup>182</sup>.

92. В свою очередь в проекте 1996 года определяется индивидуальная ответственность лиц, совершающих преступления против мира и безопасности человечества, к числу которых относятся: агрессия (статья 16), геноцид (статья 17), преступления против человечности (статья 18), преступления против персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала (статья 19) и военные преступления (статья 20). И хотя в этом случае в определении упомянутых преступлений не содержатся указания на «официальный статус», в проект включен ряд положений, представляющих интерес для целей настоящего доклада:

i) во-первых, в статьях 5, 6 и 7 определяется официальный характер действий и приводятся соответствующие ссылки на приказы правительства или вышестоящего должностного лица, ответственность вышестоящего должностного лица, а также положение о том, что при определении ответственности официальный статус лица, совершающего преступление, значения не имеет;

ii) во-вторых, пункт 2 статьи 2, рассматриваемый совместно со статьей 16, определяет, что агрессия может совершаться лишь лицами, являю-

<sup>181</sup> Полный текст проекта кодекса, утвержденный Комиссией на ее шестой сессии (1954 год), воспроизводится в «Ежегоднике Комиссии международного права», 1985 год, том II, часть вторая, стр. 8 и 9.

<sup>182</sup> См. A/CN.4/387, пункт 13.

щимися представителями государства, которые используют свои полномочия отдавать приказы и средства, предоставляемые государством, для совершения такого преступления<sup>183</sup>. Остальные виды преступных деяний, напротив, могут быть совершены, в принципе, как частными лицами, так и понимаемыми в широком смысле этого термина агентами государства;

iii) преступлениями против человечества считаются деяния, совершаемые на систематической и крупномасштабной основе «и провоцируемые либо направляемые тем или иным правительством либо той или иной организацией или группой».

93. Кроме того, следует подчеркнуть, что и Специальный докладчик, и сама Комиссия обращали внимание на реалистичность этих преступлений, для совершения которых — независимо от того, являются ли их исполнители частными лицами, рассматриваемыми в качестве носителей особого статуса, или нет — на практике необходимо участие лиц, наделенных официальным статусом. В связи с этим достаточно отметить, что Комиссия в своем комментарии к статье 5 подтвердила, что «преступление по международному праву по самой своей природе зачастую предполагает прямое или косвенное участие целого ряда лиц, по крайней мере некоторые из которых занимают руководящие должности в сфере государственного управления или в военной сфере»<sup>184</sup>. Столь же значима и позиция Специального докладчика г-на Дуду Тиамы, который в своем третьем докладе подчеркнул, что преступления против независимости, суверенитета или территориальной целостности государства «предполагают наличие таких масштабных средств, использовать которые могут лишь государственные образования. Кроме того непонятно, каким образом агрессия, аннексия территории, колониальное господство могут быть деяниями частных лиц. Исполнителями этих преступлений могут быть индивидуумы, облеченные командными полномочиями. Речь идет об органах государства, о лицах, которые, находясь на высоком уровне в политической, административной или военной иерархии, отдают или получают приказы, поручают исполнение или сами исполняют решения правительств. Речь идет об индивидуумах-органах, а правонарушения, которые они совершают, зачастую разлагаются на злоупотребления верховной властью или служебным положением. Следовательно, частные лица не могут быть исполнителями этих преступлений»<sup>185</sup>.

94. Наконец, интерес представляет статья 4 под названием «Ответственность государств», которая гласит: «То обстоятельство, что настоящим Кодексом предусматривается ответственность индивидов за совершение преступлений против мира и безопасности человечества, не исключает возможности поднятия любого вопроса, касающегося ответственности государств по международному праву». Поэтому следует особо отметить принцип двойной ответственности, возникающей при совершении одного из деяний, упомянутых в предыдущих пунктах настоящего доклада. Комиссия в комментарии к статье отметила также, что «существует возможность, и даже ... вероятность того, что отдельное лицо может совершить преступление против мира и безопасности человечества как «агент государства», «от имени государства», «от лица государства» или даже находясь в де-факто связи с государством, при этом не будучи наде-

<sup>183</sup> Комментарий к статье 2, пункт 5. См. также комментарий к статье 16.

<sup>184</sup> Там же, стр. 43.

<sup>185</sup> См. A/CN.4/387, пункт 12.



ленным какими-либо предусмотренными законом полномочиями»<sup>186</sup>. Это утверждение следует трактовать в контексте комментария Комиссии к статье 2, в котором также признается, что сфера применения Кодекса *ratione personae* ограничивается «отдельными лицами», под которыми понимаются физические лица, и отмечается: «верно то, что деяние, за которое несет ответственность отдельное лицо, также может быть вменено государству, если такое лицо действовало в качестве «агента государства», «от лица государства», «от имени государства» или в качестве агента де-факто без каких-либо юридических полномочий»<sup>187</sup>.

#### 4. Признаки «действия, осуществляемого в официальном качестве»

95. На основе вышеприведенного анализа можно выделить следующие признаки «действия, осуществляемого в официальном качестве»:

- i) действие носит уголовный характер;
- ii) действие совершено от имени государства;
- iii) действие подразумевает использование суверенитета и является прерогативой государственной власти.

Ниже проводится анализ каждого из этих признаков.

##### i) Уголовный характер действия

96. Комиссия международного права, определяя сферу применения рассматриваемой темы, уже отметила, что данное положение относится и к иммунитету от уголовной юрисдикции. В проектах статей 3 и 5, предварительно утвержденных Комиссией, прямо указывается, что должностные лица государства «получают преимущество в виде иммунитета от применения к ним иностранной уголовной юрисдикции». Следовательно, рассматриваемые в настоящем докладе действия, совершенные в официальном качестве, должны иметь признак, определяемый как уголовный характер действия. Это наделяет их конкретными характеристиками, которые необходимо проанализировать, чтобы определить, имеют ли они какие-либо последствия для целей настоящего доклада.

97. Основная характеристика преступного действия состоит в том, что его совершает лично индивидуум, и в существовании прямой связи между действием и его исполнителем. Следовательно, ответственность, возникающая при его совершении, по определению является индивидуальной, возлагается на испол-

<sup>186</sup> Документ A/51/10, стр. 42.

<sup>187</sup> Там же, стр. 34. Связь между индивидуальной ответственностью лица, непосредственно совершившего деяние, и возможной ответственностью государства была определена еще несколько лет назад. Так, в «Аналитическом документе, подготовленном в соответствии с просьбой, содержащейся в пункте 256 доклада Комиссии о работе ее тридцать четвертой сессии», распространенном в марте 1983 года (документ A/CN.4/365, в частности стр. 48–51), содержатся мнения представителей различных государств, которые подчеркнули существование принципа индивидуальной ответственности, но при этом отметили, что не следует избегать рассмотрения вопроса об ответственности государства. Некоторые представители даже подняли вопрос о включении в следующую редакцию текста положения, которое бы прямо закрепляло тезис о том, что индивидуальная уголовная ответственность не влияет на международную ответственность государств.

нителя действия и не может быть переложена на третьих лиц вместо лица, на которое возлагается такая ответственность. При этом не имеет значения, является ли то же самое действие основанием для наложения особого юридического обязательства на третье лицо — будь то независимый субъект или субъект в зависимом положении — или нет. Такое обязательство возникает из основной уголовной ответственности, но не может ни в каком случае смешиваться с ней. Соответственно, присвоение государству уголовного деяния, совершенного его должностными лицами, имеет значительные ограничения и не может пониматься лишь как юридическая фикция, встраиваемая в традиционную модель приписывания государству действия для целей определения международной ответственности за международно противоправное деяние. Однако преступное действие, на которое может распространяться иммунитет *ratione materiae*, в строгом смысле является действием, приписываемым не государству, а совершившему его лицу.

98. Основное последствие уголовного характера действия заключается, вероятно, в том, что оно может порождать два различных вида ответственности. В первом случае уголовная ответственность возлагается на исполнителя действия. Во втором случае гражданская ответственность может возлагаться как на исполнителя действия, так и третье лицо. Применительно к нашему исследованию это означает возможность того, что одно и то же действие, совершенное должностным лицом государства, может стать основанием для возникновения как уголовной ответственности, которая может быть возложена в индивидуальном порядке на должностное лицо, так и гражданской ответственности, которая может быть возложена как на должностное лицо, так и на государство<sup>188</sup>. Эта модель взаимосвязи между действием и ответственностью, возникающей за его совершение, появилась в международном праве относительно недавно и стала укрепляться после того, как по окончании Второй мировой войны был сформулирован принцип индивидуальной уголовной ответственности, а также — что более значимо — после того, как в последнем десятилетии прошлого века начался процесс кодификации международного уголовного права. Вместе с тем это явление присуще и внутреннему законодательству стран. Анализ юридической практики, предпринятый в настоящем докладе, показывает, что одни и те же действия становились основанием для различных по своей природе судебных исков, которые подавались в одних случаях против государства, а в других — против индивидуума, а также поводом для разбирательств как в уголовной, так и в гражданской юрисдикции.

99. Эта модель, которую можно обозначить как «одно действие и два вида ответственности», была прямо признана Комиссией международного права в нескольких ее работах, среди которых следует особо выделить статью 4 проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества<sup>189</sup>, статью 58 проекта статей об ответственности государств за международно-

<sup>188</sup> См. в этой связи J. Foakes, *op. cit.*, pp. 150–141; R. Van Alebeek, *op. cit.*, pp. 103 и сл.; Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law* (Cambridge University Press, 2012), p. 427.

<sup>189</sup> Статья 4 гласит: «*Ответственность государств*. Ответственность отдельных лиц за преступления против мира и безопасности человечества, предусмотренная в настоящем Кодексе, никоим образом не влияет на ответственность государств по международному праву».

противоправные деяния<sup>190</sup> и статью 66 проекта статей об ответственности международных организаций<sup>191</sup>. Функционирование этой модели было описано Комиссией в соответствующих комментариях, которые цитируются ниже.

i) «Содержащаяся в статье 4 [проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества] клаузула «никоим образом не влияет» и указывает на то, что настоящий Кодекс никак не затрагивает вопроса об ответственности государств по международному праву за преступление, совершенное одним из его агентов. Как уже подчеркивала Комиссия в комментарии к статье 19 проекта об ответственности государств, наказание лиц, представляющих органы государства, «разумеется, не исчерпывает международной ответственности государства за международно-противоправное деяние, которое присваивается ему в таких случаях в связи с поведением его органов». Таким образом, государство может продолжать нести ответственность и не иметь возможности снять с себя ответственность в результате ссылки на факт судебного преследования или наказания лиц, совершивших преступление»<sup>192</sup>.

ii) «Если преступления против международного права совершаются должностными лицами государства, это часто будет означать, что государство само несет ответственность за эти деяния или за неспособность предотвратить их или наказать за их совершение. В некоторых случаях, в частности в случае агрессии, государство по определению будет вовлечено. Даже в этом случае вопрос об индивидуальной ответственности в принципе отличается от вопроса об ответственности государств. Государство не освобождается от ответственности за международно-противоправное поведение в результате преследования и наказания должностных лиц государства, которые совершили противоправные деяния. Эти должностные лица не могут в свое оправдание ссылаться на государство, когда речь идет об их собственной ответственности за поведение, которое нарушает применимые к ним нормы международного права. Этот принцип отражен, например, в статье 25 (4) Римского статута Международного уголовного суда, в котором говорится, что «ни одно положение в настоящем Статуте, касающееся индивидуальной уголовной ответственности, не влияет на ответственность государств по международному праву»<sup>193</sup>.

iii) «(...) тот факт, что поведение отдельного лица присваивается международной организации или государству, не освобождает это лицо от международной уголовной ответственности, которую он или она могут нести за свое поведение. С другой стороны, когда совершается междуна-

<sup>190</sup> Статья 58 гласит: «*Индивидуальная ответственность*. Настоящие статьи не затрагивают вопросов индивидуальной ответственности по международному праву любого лица, действующего от имени государства».

<sup>191</sup> Статья 66 идентична статье 58, но в нее добавлено прямое указание на международные организации: «*Индивидуальная ответственность*. Настоящие статьи не затрагивают вопросы индивидуальной ответственности по международному праву любого лица, действующего от имени международной организации или государства».

<sup>192</sup> *Ежегодник Комиссии международного права*, 1996 год, том II, часть вторая, стр. 27, пункт 2.

<sup>193</sup> *Ежегодник Комиссии международного права*, 2001 год, том II, часть вторая, пункт 3 комментария. См. также пункт 2.

родно-противоправное деяние международной организацией или государством, международная ответственность отдельных лиц, являвшихся орудием совершения противоправного деяния, не может рассматриваться в качестве подразумеваемой. Однако в некоторых случаях международная уголовная ответственность отдельных лиц, вероятно, может возникать, например, когда они являлись орудием совершения серьезного нарушения какого-либо обязательства по императивной норме в обстоятельствах, рассмотренных в статье 41»<sup>194</sup>.

100. Международный суд также признал двойную ответственность, которая может наступить вследствие акта геноцида, в решении по делу о применении Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (*Босния и Герцеговина против Сербии и Черногории*). В этом решении Суд постановил, что одно и то же поведение может порождать два разных вида ответственности, каждый из которых возникает в результате действия различных юридических механизмов<sup>195</sup>. Эта двойственность последствий выражена в следующем заявлении Суда:

«для того, чтобы возложить на государство ответственность за нарушение обязательства не совершать геноцид, необходимо доказать факт совершения геноцида в соответствии с определением, данным в Конвенции»<sup>196</sup>.

В любом случае необходимо обратить внимание на то, что Суд следует этому доводу до конца, заключая в своем решении, что Сербия и Черногория не несут ответственности за совершение или планирование геноцида, но отвечают за несоблюдение обязанности предупреждения и наказания геноцида в случае резни в Сребренице. Кроме того, такое признание двойной ответственности связано в решении с методами присвоения деяния государству, о которых речь пойдет далее в настоящем докладе.

101. Из указанных выше критериев становится понятно, каким образом включение уголовного элемента препятствует автоматическому применению принципа, согласно которому любое действие, совершаемое должностным лицом, является действием государства, и ответственность за него возлагается только на государство. Напротив, применение модели «одно действие, два вида ответственности» создает несколько альтернативных сценариев, которые можно описать следующим образом:

- i) исключительная ответственность государства в случаях, когда невозможно присвоить действие тому, кто его совершил;
- ii) ответственность государства и физического лица в случаях, когда действие может быть присвоено обоим;
- iii) исключительная ответственность физического лица в случаях, когда действие может быть присвоено лишь этому лицу, даже если оно выступало в качестве должностного лица государства.

<sup>194</sup> Доклад Комиссии международного права, 2011 год, пункт 2 комментария к статье 66.

<sup>195</sup> Применение Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (*Босния и Герцеговина против Сербии и Черногории*), решение, CIJ Recueil 2007, пункты 180–182 (текст на англ. и фр. языках).

<sup>196</sup> Ibid, пункт 180. Суд придерживался того же подхода в деле о применении Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (*Хорватия против Сербии*), CIJ, решение от 3 февраля 2015 года.

102. Уголовный характер действия и двойная ответственность, которая может возникнуть в результате него, также имеют последствия с точки зрения иммунитета, особенно в том, что касается определения схемы взаимосвязи между иммунитетом *ratione materiae*, которым наделяется должностное лицо государства, и иммунитетом государства в узком смысле этого термина. Здесь следует отметить, что иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции традиционно рассматривается как форма иммунитета государства и смешивается с ним. Поэтому в судебной практике относительно часто встречаются указания на то, что должностные лица государства пользуются тем же иммунитетом, что и само государство<sup>197</sup>. Из этого делается вывод о том, что иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции не является самостоятельным иммунитетом, а сводится к иммунитету государства, правовой режим которого применяется к нему в полной мере. Этот вывод основывается на различных доводах, среди которых стоит выделить, прежде всего, следующие: i) иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции вытекает из принципа суверенного равенства государств, выражаемого формулой *par in parem non habet imperium*; ii) иммунитет признается с целью защитить суверенитет государства и гарантировать возможность мирного и устойчивого развития международных отношений; iii) иммунитет должностных лиц государства, на самом деле, является иммунитетом не должностных лиц, а самого государства, и это доказывается тем, что государство может свободно принимать решения об иммунитете, в том числе о его отмене или отказе от него; и iv) предъявление претензий должностному лицу государства в иностранном суде является косвенным способом предъявления претензий государству, когда оно не может выступать в качестве подсудимого в суде третьего государства, а, соответственно, наделение должностного лица иммунитетом от иностранной уголовной юрисдикции является способом гарантировать, что иммунитет государства не будет оспариваться с помощью необоснованных исков, и поэтому такой иммунитет равнозначен иммунитету государства<sup>198</sup>.

103. Приведенные доводы, несомненно, содержат ценные элементы, которые нельзя отрицать; прежде всего, они заставляют обратить внимание на то, что иммунитет от юрисдикции признается за должностным лицом в интересах государства и для защиты ценностей и принципов, которые провозглашаются исключительно государством. Вместе с тем в этих доводах не учитываются другие элементы, которые необходимы, чтобы прийти к заключению о характере взаимосвязи между иммунитетом должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции и иммунитетом государства, или, если угодно, для того, чтобы ответить на вопрос, поставленный одним из исследователей в такой образной форме: «Что было раньше: яйцо или курица? Иммунитет государства как следствие функционального иммунитета или функциональный иммунитет как следствие иммунитета государства?»<sup>199</sup>.

<sup>197</sup> См., в частности, дела *«Пропенд финанс пропрайетари лимитед» против Синга*, Англия, Апелляционный суд (1997); 111 ILR 611; *Джонс против Саудовской Арабии*, Англия [2006] 2 WLR 1424; *Чюдьян против Филиппин*, US, 912, F. 2d 1095 (9th Cir. 1990); 92 ILR 480.

<sup>198</sup> Анализ этих доводов см., в частности, в Foakes, J.: *op. cit.*, pp. 137–139.

<sup>199</sup> Van Alebeek, R.: *op. cit.*, p. 105.

104. Чтобы надлежащим образом ответить на вопрос, который был только что затронут, необходимо вновь указать на уголовный характер деяния, который влечет за собой два важных вывода: i) под юрисдикцию непосредственно подпадают действия самого частного лица и ii) последствия, могущие, в зависимости от обстоятельств, возникнуть в результате уголовного разбирательства, носят индивидуальный и личный характер. Отсюда следует, что между лицом и иммунитетом от иностранной уголовной юрисдикции существует прямая связь, которую и учитывала Комиссия, принимая решение о том, чтобы прямо включить в проект статей определение понятия должностного лица государства и, кроме того, использовать термин «лицо» в контексте определения понятия «должностное лицо государства», чтобы показать, что иммунитет распространяется на физические лица<sup>200</sup>. Помимо этого, следует отметить, что государство ни в каком случае не может выступать ответчиком в национальных уголовных судах, поскольку ответственность государства за противоправные деяния, которые были совершены его должностными лицами, в случае возникновения таковой, всегда будет подпадать под гражданскую юрисдикцию в рамках требования возмещения ущерба, причиненного в результате действий<sup>201</sup>. На этом основывается одно из различий между иммунитетом от гражданской юрисдикции и иммунитетом от уголовной юрисдикции, которое следует должным образом учитывать.

105. Эти два указанных выше элемента, по мнению Специального докладчика, дают основания заключить, что иммунитет должностных лиц государства *ratione materiae* от иностранной уголовной юрисдикции не зависит и отличается от иммунитета государства в узком смысле этого термина. Но несмотря на это, как в правовой науке, так и в судебной практике это различие не всегда достаточно четко прослеживается, в значительной степени вследствие того, что обычно в контексте защиты иммунитетом основное внимание уделяется государству (а также его правам и интересам). Хотя нельзя отрицать центральную роль государства в контексте этого института права, защита его интересов и прав не является достаточным основанием для того, чтобы сделать вывод об абсолютном тождестве между иммунитетом государства и иммунитетом его должностных лиц. Равно как, например, единство целей предоставления иммунитета государства и дипломатического иммунитета не ведет к отождествлению этих двух типов иммунитета<sup>202</sup>. Напротив, чтобы должным образом разобраться в сущности института иммунитета должностных лиц государства *ratione materiae* от иностранной уголовной юрисдикции, следует провести различие между прямым бенефициаром иммунитета (должностным лицом государства) и бенефициаром косвенным, или конечным (государство). Иммунитет *ratione materiae* признается в интересах государства, которое является носителем суверенитета, однако его прямым бенефициаром является должностное лицо, когда оно действует в качестве выразителя этого суверенитета.

<sup>200</sup> См. пункты 1 и 4 комментария к проекту статьи 2(е). *Доклад Комиссии международного права*, 2013 год, A/69/10, пункт 132.

<sup>201</sup> В связи с этим см. BRÖHMER, J.: *op. cit.*, pp. 29 y 45; FOAKES, J.: *op. cit.*, pp. 140-141; FOX, H. Y WEBB, Ph.: *op. cit.*, p. 555; VAN ALEBEEK, R.: *op. cit.*, pp. 103 y ss; XIODONG YANG: *op. cit.*, p. 427.

<sup>202</sup> В связи с этим см., например, KOHEN, M.G.: “La distinction entre l’immunité des Etats et l’immunité diplomatique”, en HAFNER, G.; KOHEN, M. y BREAU, S. (Eds.): *La pratique des Etats concernant les immunités de l’Etat*, Consejo de Europa/Martinus Nijhoff, 2006, p. 48.

106. Кроме того, различие между иммунитетом государства и иммунитетом его должностных лиц от иностранной уголовной юрисдикции является не просто теоретическим конструктом, но и находит отражение в различных судебных решениях, принятых как национальными, так и международными судами. В первом случае достаточно вспомнить, что в делах Пиночета (№ 3), принца Нассера и Джонса Палата лордов по-разному подошла к толкованию понятия иммунитета, что было связано с различным характером (уголовным и гражданским, соответственно) этих разбирательств, в ходе которых затрагивался вопрос иммунитета, и с соответствующими последствиями с точки зрения иммунитета. Наконец, важно упомянуть дело «Самантар против Юсуфа», в котором Верховный суд Соединенных Штатов Америки, что нельзя считать, что должностное лицо государства не может подпадать под понятие «государство» по смыслу Закона о суверенном иммунитете иностранных государств и что поэтому в судах этой страны вопросы иммунитета, который признается за должностным лицом, регулируются иными правилами, нежели вопросы иммунитета государства<sup>203</sup>.

107. Еще больший интерес представляют решения международных судов, в которых явно или имплицитно было проведено различие между иммунитетом государства и иммунитетом должностного лица государства. Так, следует вспомнить, что в деле «Юрисдикционные иммунитеты государства» Международный Суд Организации Объединенных Наций обратил внимание на это различие, заявив, что

«... Суд подчеркивает, что [решение] касается только лишь иммунитета самого государства от юрисдикции судов других государств; в настоящем деле не затрагивается вопрос о том, может ли применяться иммунитет в случае уголовного разбирательства против того или иного представителя государства, а если может, то в каком объеме»<sup>204</sup>.

Кроме того, Суд согласился с существованием различия между иммунитетом государства и иммунитетом его должностных лиц, сославшись на разграничение, которое различные национальные и международные суды провели между гражданской и уголовной юрисдикцией и последствиями, которое это порождает с точки зрения иммунитета<sup>205</sup>, а также сославшись на свои собственные решения<sup>206</sup>.

108. Что касается Европейского суда по правам человека, то большой интерес представляет дело «Джонс и другие против Соединенного Королевства»,

<sup>203</sup> *Asunto Samantar c. Yousuf*, US 130 S Ct. 2278 (2010). Дело «Самантар против Юсуфа» особо важно, поскольку в прошлом суды Соединенных Штатов настаивали на том, что положения Закона о суверенном иммунитете иностранных государств распространяются на должностных лиц иностранного государства, что означает признание обоих типов иммунитета. С позицией, которую занимали в прошлом данные суды, можно ознакомиться в деле *Chuidian c. Filipinas*, US, 912 F.2d 1095 (9<sup>o</sup> Circuito 1990); 92 ILR 480.

<sup>204</sup> Дело «Jurisdictional Immunities of the State», р. 91. Следует иметь в виду, что Суд пришел к такому заключению после того, как признал, что «исходя из норм международного обычного права на нынешнем этапе его развития, какое-либо государство не лишается иммунитета лишь потому, что против него выдвинуты обвинения в серьезных нарушениях прав человека или норм международного права вооруженных конфликтов». См. также отдельное мнение судьи Беннуна (пункт 35) и особое мнение судьи Юсуфа (пункт 40).

<sup>205</sup> *Ibid.*, párrs. 87 y ss.

<sup>206</sup> *Ibid.*, párr. 100.

поскольку, как отметил Суд, в поданной жалобе затрагивался вопрос об иммунитете, который уже рассматривался британскими судами в рамках дел против отдельных лиц, а не против иностранного государства (в отличие от дела «Аль-Адсани»). Несмотря на это, Суд обратился к классической доктрине, согласно которой иммунитет государства распространяется также на частных лиц<sup>207</sup>. Однако это утверждение требует некоторого уточнения, поскольку, если проанализировать мотивировочную часть постановления, то сразу становится ясно, что вопрос иммунитета поднимается исключительно в контексте гражданской юрисдикции, причем Суд указывает на то, что уподобление стало бы невозможным в случае, если бы затрагивался вопрос об иммунитете от уголовной юрисдикции<sup>208</sup>.

109. Это различие между иммунитетом должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции и иммунитетом государства в строгом смысле еще лучше прослеживается в случае иммунитета *ratione personae*, когда должностное лицо — бенефициар иммунитета данного типа (глава государства, глава правительства и министр иностранных дел) остается под его защитой даже в случае совершения какого-либо действия в личном качестве, которое не может быть присвоено государству и не может порождать ответственность государства. В этом случае иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции одного из членов этой «тройки» в связи с совершением того или иного преступного деяния в личном качестве не имеет никаких аналогий с иммунитетом государства. Но даже и в этом случае данные действия подпадают под одну из форм иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции, признаваемой в интересах государства, а не должностного лица.

110. Исходя из вышеизложенного, можно сделать следующие выводы:

- i) если действия можно присвоить только государству и лишь государство может нести ответственность, то мы имеем типичное основание для применения иммунитета государства;
- ii) если действие можно присвоить одновременно и государству и частному лицу, и при этом может возникать ответственность как того, так и другого субъекта, то могут возникать основания для применения двух различных типов иммунитета: иммунитета государства, с одной стороны, и иммунитета должностного лица, с другой;
- iii) различия между иммунитетом государства и иммунитетом должностных лиц государства являются наиболее существенными в случае иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, что связано с различным характером ответственности, которая может возникать у государства (гражданская) и его должностного лица (уголовная), а также с различным характером юрисдикций, от которых защищает иммунитет.

<sup>207</sup> См. дело «Джонс и другие против Соединенного Королевства», пункты 200 и 202–204.

<sup>208</sup> Там же, пункты 207 и 212–214. Суд занял аналогичную позицию в деле «Аль-Адсани» (пункт 65). См. сноску 48 выше.



**ii) Присвоение действия государству**

111. Иммунитет *ratione materiae* применяется исключительно в тех случаях, когда между государством и деянием его должностного лица существует связь, что позволяет квалифицировать это деяние в качестве действия, совершенного от имени государства. Следовательно, для определения наличия такой связи, необходимо, прежде всего, чтобы это действие могло быть присвоено государству. Учитывая, что такое присвоение должно осуществляться в соответствии с нормами международного права, особое значение приобретают сформулированные в статьях 4–11 проекта статей о международной ответственности государства за международно противоправные деяния правила присвоения, которые были рассмотрены выше. Однако следует иметь в виду, что указанные критерии присвоения были определены Комиссией для целей установления международной ответственности и с очевидной конечной целью не допустить того, чтобы государство, действуя непрямыми методами, в частности прибегая к помощи лиц, не являющихся его органами и не наделенных явными полномочиями на осуществление прерогатив государственной власти, могло неправомерно снять с себя международную ответственность за действия, совершенные от его имени, по его указанию, под его руководством или контролем либо при таких обстоятельствах, которые следует квалифицировать в качестве актов государства на том основании, что они были совершены в его пользу или в его интересах<sup>209</sup>. Следовательно, необходимо рассмотреть вопрос о том, могут ли все критерии, перечисленные в главе II проекта статей об ответственности государства, быть использованы для того, что действие, присваиваемое государству, является «действием, осуществляемым в официальном качестве» для целей осуществления иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции.

112. С этой целью следует учитывать уголовный характер деяний, к которым должны применяться критерии присвоения, в частности характер иммунитета, который сам по себе является исключением из общего правила об осуществлении государством суда своей юрисдикции. В этой связи оба элемента требуют такого толкования критериев присвоения, которое гарантировало бы, что институт иммунитета не превратится в механизм избегания ответственности, что

---

<sup>209</sup> См. «Общий комментарий» к части II проекта статей, в частности пункты 4 и 9. *Ежегодник Комиссии международного права*, 2001 год, том II, часть вторая.

изменило бы его характер<sup>210</sup>. Учитывая вышесказанное, весьма сомнительно, что все критерии присвоения, перечисленные в проекте статей о международной ответственности государства за международно противоправные деяния, могут оказаться полезными для целей осуществления иммунитета. Такая несостоятельность касается, в частности, критериев, перечисленных в статьях 7, 8, 9, 10 и 11, которые рассматриваются далее.

113. Изучение критерия, описанного в статье 7, подводит нас к общей проблематике деяний *ultra vires* и деяний, совершаемых должностным лицом с конкретной мотивацией, которые Комиссия международного права сочла не применимыми для целей установления ответственности государства. Мотивация должностного лица и характер *ultra vires* его деяний могут, тем не менее, иметь значение для целей применения иммунитета. Так, в этой связи достаточно подчеркнуть, что приведенный выше анализ судебной практики подтверждает, что в определенном количестве дел национальные трибуналы принимали во внимание мотивацию лиц, совершивших те или иные деяния, с целью квалифицировать их в качестве деяний, которые совершаются в личном качестве и на которые не распространяется иммунитет. Аналогичным образом, в ряде дел трибуналы ссылались на невыполнение или превышение должностным лицом своих полномочий, для того чтобы заключить, что оно действовало таким образом, который не позволяет ему воспользоваться иммунитетом. Во всех этих

<sup>210</sup> Кроме того, следует иметь в виду, что применение критериев присвоения самим Международным Судом неизменно носит ограничительный характер. В этой связи особый интерес представляют дела «Применение Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (*Босния и Герцеговина против Сербии и Черногории*)» (СИ, Res. 2007) и «Применение Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (*Хорватия против Сербии*)» (СИ, вердикт от 3 февраля 2015 года), учитывая, что в обоих случаях ответственность государства устанавливается в связи с поведением, которому присущ элемент однозначно уголовного характера: геноцид. В обоих делах Международный Суд толкует критерии присвоения строго и ограничительно, проводя различие между предпосылкой для присвоения государству деяний отдельных лиц, действующих на основании имеющейся формальной связи между ними и государством, и действий определенных лиц, которые, в отсутствие указанной связи, несмотря ни на что могут быть присвоены государству. Если в первом деле Суд пришел к выводу о том, что присвоение деяния государству происходит автоматически и не требует особых доказательств, то во втором он не считал возможным присвоить деяние государству, поскольку последнее осуществило «непосредственный контроль» над лицами, о которых идет речь. Кроме того, в последнем случае толкование носит строгий характер, подтверждая, что такая форма присвоения применяется в исключительных случаях. Вместе с тем следует подчеркнуть, что в случае с лицами, действующими по указанию, под руководством или под контролем государства, Суд заключил, что ответственность, которая может возлагаться на государство за указанные деяния, не обозначает их возможную квалификацию в качестве деяний государства в строгом значении этого слова. Напротив, в этом случае ответственность государства вытекает из его собственных действий, совершенных на основании указов и приказов, которые противоречат нормам международного права и которые были приняты самими государственными органами или лицами, уполномоченными по закону осуществлять прерогативы государственной власти; кроме того, такая ответственность может вытекать из факта непринятия мер по предупреждению и наказанию, требуемых в соответствии с Конвенцией о геноциде. Наконец, следует подчеркнуть также, что наличие связи между государством и лицами и организациями, совершившими акты геноцида, изучается Судом особенно тщательно и строго. См., в частности, дело «Применение Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (*Босния и Герцеговина против Сербии и Черногории*)», пункты 385–389, 392–397, 406, 412, 438 и 449.

случаях очевидно, что должностное лицо действовало ради собственной выгоды либо не выполнило или превысило свои полномочия, которыми его надело государство, в связи с чем нет оснований присвоить его действия государству для целей осуществления иммунитета. Тем не менее следует отметить, что, хотя во всех этих делах преследование собственных интересов не послужило мотивом для квалификации деяния должностного лица в качестве деяния, совершенного от имени государства, в случаях с деяниями *ultra vires* юридическая практика менее последовательна.

114. Анализ критериев присвоения, содержащихся в статьях 8 и 9, подводит нас к изучению понятия так называемых должностных лиц де-факто в целом. В первом из рассматриваемых случаев сама Комиссия подтвердила, что «чаще всего случаи такого рода возникают, когда государственные органы, помимо осуществления своих собственных действий, вербуют или подстрекают частных лиц или группы, которые действуют в качестве их «подручных», оставаясь при этом за пределами официальной системы государства»<sup>211</sup>. Указанная характеристика затрудняет применение этого критерия в процессе присвоения деяния государству для целей осуществления иммунитета, поскольку, хотя можно установить, что деяние совершается от имени государства, гораздо сложнее доказать его официальный характер, в частности если принять во внимание различие, проводимое Международным Судом между лицами, действующими под «непосредственным контролем» государства, и лицами, действующими просто по указанию или под руководством государства. Вывод, к которому пришел Суд в деле «Геноцид (Босния и Герцеговина против Сербии и Черногории)» в связи с установлением ответственности<sup>212</sup>, по всей видимости, применим также в отношении иммунитета, таким образом, что деяния только того лица, которое действует под непосредственным контролем государства, могут квалифицироваться в качестве деяний, присваиваемых государству, для целей осуществления иммунитета. Таким образом, понятие должностного лица государства определяется более четко, и из него исключаются лица, которые обычно относятся к категории должностных лиц де-факто. Только этот вывод соответствует характеру иммунитета, поскольку уже не представляется приемлемым, что государство может добиваться иммунитета для лиц, которых оно добровольно не назначило органами или лицами, наделенными полномочиями осуществлять прерогативы государственной власти, или с которыми оно не установило особой связи зависимости и эффективного контроля в момент совершения ими деяний, которые представляют собой существенный элемент иммунитета.

115. Что касается критерия, описанного в статье 9, то оценка его применимости для целей осуществления иммунитета заслуживает более тщательного изучения. В этом случае в проекте статей рассматривается реальная ситуация, когда официальные власти либо исчезают с арены, либо постепенно восстанавливаются. Как утверждает Комиссия международного права, речь идет о «представительстве в силу необходимости»<sup>213</sup>. Совокупные условия, требующие от Комиссии международного права применения данной ситуации (поведение должно быть явно связано с осуществлением элементов государственной власти и происходить в отсутствие или несостоятельности официальных

<sup>211</sup> Там же, стр. 96.

<sup>212</sup> См. сноску 210 выше.

<sup>213</sup> Там же, стр. 102.

властей и в условиях, требующих осуществления таких элементов власти), напоминают нам о похожей ситуации, в которой происходит осуществление государственных функций. Как отметила Комиссия, термин «требующих» означает необходимость «определенных действий в осуществление государственных функций»; кроме того, статья 9 предполагает наличие «нормативного элемента в виде действий от имени государства, благодаря чему на охватываемые ею случаи не распространяется общий принцип, согласно которому поведение частных сторон, в том числе повстанческих сил, не может быть присвоено государству»<sup>214</sup>. Следовательно, в порядке исключения можно было бы рассмотреть возможность отнесения таких деяний к категории деяний, совершаемых в официальном качестве, для целей осуществления иммунитета *ratione materiae*, который рассматривается в настоящем докладе. Однако особые условия, в которых совершаются такого рода деяния, значительно усложняют задачу применения иммунитета к лицам, которые их осуществляют. Кроме того, в рассмотренной выше практике не встречается ни одного случая, который подпадал бы под это условие.

116. В третьем случае, при ретроактивном присвоении государству деяний, совершенных пришедшими к власти повстанческими движениями (статья 10), следует отметить, что лица, совершающие эти деяния, в момент их совершения не обладают статусом должностных лиц государства. Поэтому едва ли можно заключить, что деяние, которое изначально никак не могло рассматриваться как «действие, осуществляемое в официальном качестве», можно было бы расценивать как таковое впоследствии и что в силу этого мог бы возникнуть а *posteriori* иммунитет от уголовной юрисдикции *ratione materiae*, которым указанные лица не пользовались в момент совершения соответствующих деяний, тем более в случаях, когда данные деяния были совершены в ходе столкновений, том числе вооруженных, с органами власти, выступавшими в тот момент, несомненно, от имени государства. В этом случае в практике также не встречаются примеры попыток сослаться на иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции *ratione materiae* в связи с поведением повстанческих движений. Соответственно, можно заключить, что действия, которые могут совершаться в рамках поведения, охватываемого статьей 10 проекта статей о международной ответственности государств, также не могут рассматриваться как «действия, осуществляемые в официальном качестве» в рамках нашей темы.

117. Наконец, в статье 11 предусматривается присвоение действия государству посредством признания и принятия государством того или иного деяния в качестве собственного, и при этом не требуется какой-либо предшествующей этому связи деяния с государством. Такой подход к присвоению вполне обоснован с точки зрения установления ответственности государства, но несовместим по сути с иммунитетом *ratione materiae*, который предполагает, что охватываемые им действия совершались в официальном качестве именно тогда, когда они имели место. Допустить применимость этого подхода к иммунитету означало бы признать за государством право заявлять в одностороннем порядке и без каких-либо ограничений, что любое действие, совершаемое любым лицом и в любой момент, может охватываться иммунитетом должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции. А это, вне всякого сомнения, было бы несовместимо с самой сутью иммунитета и основанием и пред-

<sup>214</sup> Там же, стр. 103.

назначением данного понятия. Соответственно, в рамках настоящей темы этот подход к присвоению также не уместен для квалификации действия, осуществляемого в официальном качестве.

**iii) Суверенитет и осуществление исключительных полномочий государственной власти**

118. Как было отмечено выше, присвоение действия государству требуется для того, чтобы оно могло квалифицироваться как «действие, осуществляемое в официальном качестве» применительно к иммунитету от иностранной уголовной юрисдикции *ratione materiae*. Однако выполнения только этого требования для такой квалификации недостаточно, даже в соответствии с ограничительным толкованием, которое было приведено выше. Напротив, для присвоения действия государству как «действия, осуществляемого в официальном качестве» необходимо, чтобы был соблюден еще один критерий — телеологический. То есть, поскольку иммунитет *ratione materiae* имеет целью гарантировать уважение принципа суверенного равенства государств, выраженного в формуле *par in parem non habet imperium*, охватываемые таким иммунитетом действия должны также демонстрировать связь с суверенитетом, для охраны которого он предназначен. Эта связь, которая не может быть лишь формальной, отражается в требовании о том, чтобы действие, осуществляемое в официальном качестве, не только было действием, присваиваемым государству и совершаемым от имени государства, но и чтобы его можно было расценивать как проявление суверенитета, как форму осуществления полномочий государственной власти. Это требование также отражает особый характер как ответственности государства, так и иммунитета, не позволяющий автоматического применения к последнему всех критериев и правовых категорий, относящихся к первому<sup>215</sup>.

119. Однако не так просто определить понятие суверенитета и сказать, что подразумевается под «осуществлением полномочий государственной власти», так как ни в работах Комиссии международного права, ни в судебной практике, ни в теории права не встречается определения этого выражения. Тем не менее на основе проведенного выше анализа всё же можно вывести совокупность элементов, которые позволят нам приблизиться к его определению. Итак, опираясь как на предыдущие работы Комиссии<sup>216</sup>, так и на судебные решения судов различных государств<sup>217</sup>, можно заключить, что понятие «осуществление полномочий государственной власти» должно включать два взаимосвязанных элемента, а именно: i) определенные виды деятельности, которые в силу своего характера считаются проявлениями или неотъемлемыми свойствами суверенитета (охрана порядка, отправление правосудия, действия вооруженных сил, внешние сношения) и ii) определенные виды деятельности, осуществляемые в порядке реализации политики и решений государства, подразумевающих осуществление суверенитета, и, таким образом, связанные с ним функционально.

<sup>215</sup> Возражения против этого аргумента см. в O'Keefe, R.: *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2015, в особенности пункт 10.60. Специальный докладчик благодарит автора работы за представленную черновую версию главы 10, которую он использовал при подготовке настоящего доклада. Автор следует подходу, которого придерживался предыдущий Специальный докладчик г-н Колодкин (см. A/CN.4/631, пункт 24).

<sup>216</sup> См. выше, пункт 83.

<sup>217</sup> См. выше, пункт 54.

Эти два позитивных критерия дополняются одним не менее важным негативным критерием, а именно тем, что, в соответствии с решениями национальных судов, в которых прямо говорится об этом, из сферы действия иммунитета исключены те действия, в которых частные интерес и мотивы преобладают над интересами и мотивами государства, даже когда эти действия совершаются должностным лицом под видом официальных<sup>218</sup>. Эти критерии, разумеется, должны применяться в каждом отдельном случае для учета всех обстоятельств совершения определенного действия, подлежащих оценке на предмет того, составляют ли данные действия по своему характеру или функциональной направленности осуществление полномочий государственной власти и суверенитета. Такой контекстуальный подход, основанный на обычном праве, также применяется судами, решения которых анализируются в настоящем докладе.

120. Вышеуказанные критерии, выведенные из практики, позволяют сориентироваться судам, ответственным за вынесение решения об иммунитете. Кроме того, следует обратить внимание на то, что в ряде случаев национальные суды в обоснование своих доводов ссылаются на различие между действиями *iure imperii* и действиями *iure gestiones*<sup>219</sup>. В связи с этим необходимо напомнить, что эти две категории действий были выделены в контексте иммунитета государства с целью предоставить элементы для анализа в связи с ограничительным толкованием этого иммунитета. Поэтому упор на публичный и частный или коммерческий аспект, характеризующий каждую из указанных категорий, сильно затрудняет автоматическое применение этого различия для квалификации «действий, осуществляемых в официальном качестве» применительно к иммунитету должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции. Вместе с тем из юридического конструкта, созданного вокруг основных признаков действий *iure imperii*, можно выделить элементы, которые будут полезны для правоприменительного органа в процессе квалификации действий в интересующем нас контексте.

121. Применение этих критериев создает особые проблемы в случаях международных преступлений. Как выяснилось при анализе судебной практики, суды не придерживаются единой позиции в том, что касается квалификации «действий, осуществляемых в официальном качестве», когда речь идет об иммунитете<sup>220</sup>. Так, в одних решениях содержатся доводы в пользу того, что международные преступления ни в коем случае не могут рассматриваться как «действия, осуществляемые в официальном качестве» и иммунитет на них распространяться не может. В других решениях говорится, что международные преступления являются действиями, осуществляемыми в официальном качестве, и поэтому охватываются иммунитетом. Существует и промежуточная позиция, согласно которой международные преступления считаются действиями, осуществляемыми в официальном качестве, но при этом не могут в силу своего характера охватываться иммунитетом. И, наконец, в некоторых случаях утверждается, что международные преступления не могут охватываться иммунитетом без вынесения постановления о том, являются ли они действиями, осуществленными в официальном качестве. Такие же расхождения в толковании

<sup>218</sup> См. выше, пункт 58.

<sup>219</sup> См. выше, пункт 54.

<sup>220</sup> См. выше, пункты 56 и 57.

встречаются и в правопедении<sup>221</sup>. Поэтому в ходе дальнейшей работы Комиссии потребуется затронуть вопрос о взаимосвязи между иммунитетом и международными преступлениями. Здесь же эта взаимосвязь будет проанализирована исключительно с точки зрения определения действий, осуществляемых в официальном качестве.

122. В соответствии с первой из приведенных выше точек зрения международные преступления не могут считаться проявлением суверенитета или формой осуществления государственных полномочий, и поэтому они исключаются из концепции «действия, осуществляемого в официальном качестве» применительно к иммунитету. Имеется множество различных доводов в пользу такого толкования, но все их можно свести к двум основным, которые иногда излагаются вместе: i) совершение международных преступлений не является функцией государства и ii) международные преступления являются запрещенным поведением согласно международному праву, поскольку они направлены против закрепленных в его нормах основных ценностей и принципов. В обоих случаях международные преступления рассматриваются с точки зрения ограничения иммунитета: речь идет о действиях, которые не могут считаться осуществляемыми в официальном качестве и к которым иммунитет неприменим, так как они не отвечают критериям, определяющим материально-правовую составляющую понятия иммунитета *ratione materiae*. Такая точка зрения довольно часто сопровождается утверждениями о необходимости укрепления и активизации борьбы с безнаказанностью, что является одной из отличительных особенностей международного права XXI века.

123. Эти доводы, безусловно, интересны и привлекательны с точки зрения защиты ценностей и принципов, на которых сегодня держится международное сообщество и международное право. Однако рассмотрение международных преступлений в качестве ограничения иммунитета *ratione materiae* порождает две значительные проблемы. Первая из них связана с самим понятием действия, совершенного в официальном качестве, применительно к иммунитету. Вторая носит более широкий характер и связана с возможными последствиями такого подхода для международной ответственности государств за совершение международных преступлений.

124. Собственно, вывод о том, что международное преступление не может рассматриваться как действие, совершенное в официальном качестве, следует из представления о том, что такие преступления не могут совершаться в порядке осуществления государственных полномочий, суверенитета или государственной политики. Однако мнение о том, что пытки, насильственные исчезновения, внесудебные казни, этнические чистки, геноцид, преступления против человечности и военные преступления лишены какого бы то ни было элемента официальности и не связаны с функциями государства, несовместимо с реальностью. Напротив, как неоднократно отмечалось, в том числе самой Комиссией международного права, такие преступления совершаются с помощью государственного аппарата, под его прикрытием и для достижения политических целей, которые, если не касаться морального аспекта, свойственны государству. И такие преступления во многих случаях совершаются должностными лицами государства в том смысле, в котором этот термин понимается в рамках

<sup>221</sup> О международных преступлениях см. прежде всего Pedretti, R.: *Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes*, Brill/Nijhoff, 2015.

настоящей темы. Более того, некоторые виды поведения, квалифицируемые в современном международном праве как международные преступления, подразумевают вовлеченность должностных лиц государства как неотъемлемый признак состава преступления. Помимо этого, констатация того, что международное преступление является нарушением международного права, также не представляет интереса с точки зрения квалификации действия как совершенного в официальном качестве, поскольку, как уже отмечалось выше, в контексте иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции уголовный характер деяния и, соответственно, его противоправность составляют один из признаков любого такого деяния, совершенного в официальном качестве, независимо от того, определяется ли противоправность на основе норм государства или международных норм.

125. Вторая из вышеупомянутых проблем не менее существенна. Для правильного ее понимания необходимо обратить внимание на то, что применительно к иммунитету квалификация действия как совершенного в официальном качестве непременно основывается на присвоении деяния государству. Соответственно, утверждение о том, что международное преступление нельзя рассматривать как действие, совершенное в официальном качестве, может привести к явно нежелательным последствиям: международные преступления тогда будут считаться действиями, присваиваемыми не государству, а исключительно совершившему их лицу. Не требуется подробного объяснения, чтобы понять, какие последствия такая квалификация будет иметь в плане ответственности: если речь идет о действии, которое не может быть присвоено государству, то государство освобождается от всякой международной ответственности в связи с этим действием, и эта ответственность заменяется уголовной ответственностью физического лица. Такой результат несовместим с самой сутью иммунитета и современным состоянием международного права в области ответственности, одной из отличительных особенностей которого является теория двойной ответственности (государственной и частной)<sup>222</sup>. Таким образом, исходя из этой точки зрения, также нельзя заключить, что международные преступления не являются действиями, совершаемыми в официальном качестве.

126. Квалификация международных преступлений как «действий, совершенных в официальном качестве», однако, не означает, что должностное лицо государства автоматически наделяется иммунитетом *ratione materiae* в связи с совершением таких преступлений. Напротив, при определении сферы применения иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции должны учитываться характер этих преступлений и их особая тяжесть в соответствии с современными нормами международного права. Но анализ последствий международных преступлений в том, что касается применимости иммунитета, будет уместнее начать с изъятий из иммунитета. Именно этому подходу Специальный докладчик намерена следовать в своем пятом докладе.

---

<sup>222</sup> См. выше, пункты 96–110.



## 5. Заключение: определение «действия, совершенного в официальном качестве»

127. Исходя из итогов анализа, изложенных на предыдущих страницах, мы предлагаем включить в проект статей следующий текст:

### Проект статьи 2 Определения

Для целей настоящих проектов статей:

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

## С. Временной аспект

128. Временной аспект иммунитета *ratione materiae* не является предметом разногласий ни в судебной практике, ни в теории права; напротив, вокруг бессрочного характера данного аспекта иммунитета существует широкий консенсус. Под бессрочностью здесь понимается то, что иммунитет *ratione materiae* применим в любой момент после совершения действия независимо от того, истек ли срок полномочий соответствующего должностного лица.

129. Чтобы определить подлинный смысл временного аспекта иммунитета *ratione materiae*, необходимо провести различие между двумя моментами: моментом, когда совершается действие, в связи с которым можно ссылаться на иммунитет, и моментом, когда поступает заявление о применимости иммунитета. Если первый должен относиться к сроку действия полномочий должностного лица государства, то второй наступает в связи с привлечением лица, совершившего некое деяние, к уголовной юрисдикции; при этом неважно, когда приводится ссылка на иммунитет — в течение срока действия полномочий должностного лица или после его истечения. Таким образом, временной аспект иммунитета *ratione materiae* является скорее условием, а не ограничением: если условие соблюдено в определенный момент, то никаких временных ограничений на действие иммунитета не возникает. Это обосновывается самой сутью данного вида иммунитета и первенствующим значением, которое для него имеет понятие «действия, совершенного в официальном качестве», поскольку это действие не перестает быть таковым и не становится чем-то другим в силу того, что должностное лицо покинуло свой пост.

130. Такое толкование временного аспекта иммунитета *ratione materiae* отличается от толкования временного аспекта иммунитета *ratione personae*, который является, по сути, ограничением. Итак, как уже было сказано в проекте статьи 4.1, принятом в предварительном порядке Комиссией, и комментарии к нему, иммунитет *ratione personae* утрачивает силу в момент истечения срока полномочий главы государства, главы правительства или министра иностранных дел, после чего ссылки на него не допускаются, так как для пользования этой категорией иммунитета требуется находиться при исполнении соответствующих должностных обязанностей.

131. Вместе с тем различное толкование временного аспекта иммунитета *ratione personae* и иммунитета *ratione materiae* не означает обособленности этих двух категорий иммунитета. Напротив, иммунитет *ratione materiae* может применяться в отношении любого должностного лица государства, т.е. бывшие главы государства, бывшие главы правительства и бывшие министры иностранных дел после истечения срока своих полномочий перестают пользоваться иммунитетом *ratione personae*, но могут пользоваться иммунитетом *ratione materiae*. Во втором случае бывшие главы государства, главы правительства и министры иностранных дел подчиняются общему режиму, применимому к иммунитету *ratione materiae*, и поэтому временной аспект также будет выступать в качестве условия для этих бывших мандатариев, т.е. им будет необходимо доказать, что совершенное ими действие, в связи с которым они ссылаются на иммунитет, относится к категории действий, совершаемых в официальном качестве, и имело место в период, когда они занимали соответствующие посты во властных структурах государства. Однако тот факт, что они занимали тогда пост главы государства, главы правительства или министра иностранных дел, никак не влияет на материально-правовой режим иммунитета *ratione materiae*. Это подтверждается как договорной, так и судебной практикой, в которой нельзя найти примеров, когда бывший глава государства, глава правительства или министр иностранных дел пользовался бы более выгодным режимом применения иммунитета *ratione materiae*, чем любое другое должностное лицо. Такое же заключение следует из резолюций по иммунитету, принятых Институтом международного права, в особенности из резолюций 2001–2009 годов.

#### **D. Сфера охвата иммунитета *ratione materiae***

132. Два рассмотренных выше нормативных элемента иммунитета *ratione materiae* различаются с концептуальной и правовой точек зрения, что дает основания рассматривать их в настоящем докладе по отдельности. Однако оба этих элемента взаимосвязаны и способствуют определению (материально-правовой) сферы охвата этой категории иммунитета. Кроме того, Комиссия, приняв в предварительном порядке проект статьи 4 (Сфера охвата иммунитета *ratione personae*), высказала мнение о желательности того, чтобы оба этих элемента рассматривались вместе в рамках одного проекта статьи. В этой связи ниже приводится проект статьи, основанный на результатах представленного в настоящем докладе анализа материально-правовых и временных аспектов иммунитета *ratione materiae*.

##### **Проект статьи 6**

##### **Сфера охвата иммунитета *ratione materiae***

1. Должностные лица государства, выступающие в этом качестве, пользуются иммунитетом *ratione materiae* как при исполнении служебных обязанностей, так и по окончании срока действия их полномочий.
2. Иммунитет *ratione materiae* охватывает только те действия, которые осуществлялись в официальном качестве должностным лицом государства в течение срока действия его полномочий.

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

133. Проект статьи 6 сформулирован по примеру проекта статьи о сфере охвата иммунитета *ratione personae* (проект статьи 4), принятого Комиссией в 2014 году. Предлагаемый проект статьи следует читать вместе с остальными проектами статей, принятыми в предварительном порядке Комиссией, равно как и с комментариями к ним, и прежде всего в сочетании с проектом статьи 5. Наконец, следует отметить, что проект статьи 6 не имеет никаких последствий и не подразумевает выражения мнения по вопросу об ограничениях и исключениях из иммунитета этой категории.

### III. Будущий план работы

134. В своем пятом докладе, который будет представлен Комиссии в 2016 году, Специальный докладчик предлагает рассмотреть вопрос об ограничениях и исключениях в связи с применением иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции.

135. Тема ограничений и исключений из иммунитета неизменно поднимается в работе Комиссии международного права с начала изучения Комиссией темы иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции; так, эта тема рассматривалась в Меморандуме Секретариата<sup>223</sup> и втором докладе бывшего Специального докладчика г-на Колодкина<sup>224</sup>. Несомненно, речь идет об одной из главных тем, по которым Комиссия должна представить свое мнение, и можно с уверенностью утверждать, что из всех тем, рассматриваемых в рамках проектов статей, эта тема отличается весьма деликатным характером с политической точки зрения. Поэтому неудивительно, что вопрос об ограничениях и исключениях стал объектом дискуссии, продолжающейся в Комиссии, и что некоторые из ее членов считают, что в действительности этот вопрос представляет собой непосредственный, если не единственный, объект данной темы. О большом значении, которое придается этому вопросу, свидетельствуют также заявления государств в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи, неизменно настаивающих на необходимости рассматривать тему иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции таким образом, чтобы это не вредило и не противоречило деятельности, постоянно осуществляемой международным сообществом в целях борьбы с безнаказанностью. В то же время другие государства придерживаются мнения о том, что тема ограничений и исключений из иммунитета должна рассматриваться со всей осторожностью и осмотрительностью.

<sup>223</sup> См. A/CN.4/596.

<sup>224</sup> См. A/CN.4/631.

136. Как уже неоднократно указывалось после опубликования предварительного доклада<sup>225</sup> Специального докладчика, вопрос об ограничениях и исключениях из иммунитета должен рассматриваться после завершения анализа нормативных элементов иммунитета *ratione personae* и иммунитета *ratione materiae*. И для этого имеется очевидная причина: только изучив основные элементы, определяющие общий режим, абстрактно применимый к иммунитету от иностранной уголовной юрисдикции, можно будет приступить к рассмотрению сложного вопроса о том, применимы ли к такому режиму ограничения и исключения. Кроме того, вопрос об ограничениях и исключениях из иммунитета следует рассматривать глобально, и параллельно, в отношении двух указанных категорий иммунитета.

137. Вопрос об ограничениях и исключениях из иммунитета основательно рассматривался в контексте действий, на которые может распространяться иммунитет. В этой связи особое внимание уделяется отношениям между иммунитетом от иностранной уголовной юрисдикции, международными преступлениями, грубыми и систематическими нарушениями прав человека, борьбой с безнаказанностью и *ius cogens*. Важная правоведческая работа, проводимая в последние годы по вопросу об иммунитете государства и его должностных лиц, демонстрирует, почему такого рода отношения находятся в центре внимания юридического сообщества. Однако этот вопрос интересует его не только с точки зрения теории или доктрины. Наоборот, дискуссия, развернувшаяся вокруг приговоров, вынесенных Европейским судом по правам человека по *делам Аль-Адсани и Джонса*, свидетельствует о том, что вопрос об ограничениях и исключениях из иммунитетов суверенных государств имеет огромное практическое значение. Наконец, приговор, вынесенный Международным Судом по делу «Юрисдикционные иммунитеты государства», выдвинул на передний план вопрос о тесной взаимосвязи между этим иммунитетом и некоторыми основными категориями современного международного права. Эту ситуацию осложняет также недавнее решение Конституционного суда Италии об исполнении в этой стране приговора Международного Суда по указанному выше делу. Вследствие этого вся работа Комиссии по вопросу об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции была бы неполной без должного изучения применимых к нему ограничений и исключений.

138. Однако такой анализ не должен ограничиваться только вопросом об отношениях между международными преступлениями и иммунитетом от иностранной уголовной юрисдикции, несмотря на то что этот вопрос, вне всякого сомнения, представляет собой центральный и самый спорный аспект данной проблемы. Напротив, при проведении анализа следует в первую очередь ориентироваться на различие между ограничением и исключением, а также на различные функции, которые могут быть присущи каждой из этих категорий в рамках правового режима иммунитета должностных лиц от иностранной уголовной юрисдикции. Кроме того, такой анализ следует проводить систематически, должным образом учитывая тот факт, что международное право представляет собой совокупность взаимосвязанных и взаимодействующих друг с другом правовых норм.

---

<sup>225</sup> См. A/CN.4/654.

139. Представление и обсуждение доклада об ограничениях и исключениях из иммунитета позволило бы Комиссии в течение текущего пятилетнего периода завершить изучение материально-правовых вопросов, определяющих ее правовой режим. Вопросы процессуального характера следует рассмотреть в шестом докладе, который будет представлен Комиссии в ходе первой сессии в следующем пятилетнем периоде. Представление указанного доклада и будущих работ будет зависеть прежде всего от решений, принятых новым составом Комиссии, который должен быть назначен Генеральной Ассамблеей в 2016 году.

## Приложение

### Предлагаемые проекты статей

#### Проект статьи 2

##### Определения

Для целей настоящих проектов статей:

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

#### Проект статьи 6

##### Сфера охвата иммунитета *ratione materiae*

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

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

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

---