Глава VII

ИММУНИТЕТ ДОЛЖНОСТНЫХ ЛИЦ ГОСУДАРСТВА ОТ ИНОСТРАННОЙ УГОЛОВНОЙ ЮРИСДИКЦИИ

A. Введение

68. Комиссия постановила включить тему «Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции» в свою программу работы на своей пятьдесят девятой сессии (2007 год) и назначила г-на Романа А. Колодкина Специальным докладчиком[724]. На той же сессии Комиссия просила Секретариат подготовить справочное исследование по данной теме, которое было представлено Комиссии на ее шестидесятой сессии (2008 год)[725].

69. Специальный докладчик представил три доклада. Комиссия получила и рассмотрела предварительный доклад на своей шестидесятой сессии (в 2008 году) и второй и третий доклады − на своей шестьдесят третьей сессии (2011 год)[726]. Комиссия не смогла рассмотреть эту тему на своей шестьдесят первой (2009 год) и шестьдесят второй (2010 год) сессиях[727].

70. На своей шестьдесят четвертой сессии (2012 год) Комиссия назначила Специальным докладчиком г-жу Консепсьон Эскобар Эрнандес вместо г-на Колодкина, который вышел из состава Комиссии[728]. Комиссия получила и рассмотрела предварительный доклад Специального докладчика на той же сессии (2012 год), ее второй доклад на шестьдесят пятой сессии (2013 год), третий доклад на шестьдесят шестой сессии (2014 год), ее четвертый доклад на шестьдесят седьмой сессии (2015 год) и ее пятый доклад, по которому были проведены частичные прения, на шестьдесят восьмой сессии (2016 год)[729]. На основе проектов статей, предложенных Специальным докладчиком во втором, третьем и четвертом докладах, Комиссия к настоящему времени приняла в предварительном порядке шесть проектов статей вместе с комментариями к ним. Проект статьи 2 об употреблении терминов все еще находится в работе[730].

B. Рассмотрение темы на настоящей сессии

71. На этой сессии Комиссия имела в своем распоряжении пятый доклад Специального докладчика с анализом вопроса об ограничениях и исключениях из иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции (A/CN.4/701), который она начала обсуждать на своей шестьдесят восьмой сессии. В этом докладе, в частности, был дан обзор прошлого обсуждения Комиссией вопроса об ограничениях и исключениях из иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции; предлагался анализ соответствующей практики, рассматривались некоторые методологические и концептуальные вопросы, касающиеся ограничений и исключений, и обсуждались ситуации, при которых иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции не применялся бы. Специальный докладчик пришла к выводу, что на основе практики не представляется возможным констатировать существование обычно-правовой нормы, допускающей применение ограничений или исключений в отношении иммунитета ratione personae, или выявить тенденцию в направлении формирования такой нормы. С другой стороны, она пришла к

---

[724] На своем 2940-м заседании 20 июля 2007 года (см. *Ежегодник… 2007 год*, т. II (часть вторая), п. 376). Генеральная Ассамблея в пункте 7 своей резолюции 62/66 от 6 декабря 2007 года приняла к сведению решение Комиссии включить тему в ее программу работы. Тема была включена в долгосрочную программу работы Комиссии на ее пятьдесят восьмой сессии (в 2006 году) на основе предложения, содержащегося в приложении I к докладу Комиссии (*Ежегодник… 2006 год*, т. II (часть вторая), п. 257 и сс. 228–243).

[725] *Ежегодник… 2007 год*, т. II (часть вторая), п. 386. Меморандум, подготовленный Секретариатом по данной теме, см. в документе A/CN.4/596 и Corr.1 (размещен на веб-сайте Комиссии, документы шестидесятой сессии).

[726] *Ежегодник… 2008 год*, т. II (часть первая), документ A/CN.4/601 (предварительный доклад); *Ежегодник… 2010 год*, т. II (часть первая), документ A/CN.4/631 (второй доклад); и *Ежегодник… 2011 год*, т. II (часть первая), документ A/CN.4/646 (третий доклад).

[727] См. *Ежегодник… 2009 год*, т. II (часть вторая), п. 207; и *Ежегодник… 2007 год*, т. II (часть вторая), п. 343.

[728] *Ежегодник… 2012 год*, т. II (часть вторая), п. 266.

[729] Там же, т. II (часть первая), документ A/CN.4/654 (предварительный доклад); *Ежегодник… 2013 год*, т. II (часть первая), документ A/CN.4/661 (второй доклад); *Ежегодник… 2014 год*, т. II (часть первая), документ A/CN.4/673 (третий доклад); *Ежегодник… 2015 год*, т. II (часть первая), документ A/CN.4/686 (четвертый доклад); и *Ежегодник… 2016 год*, т. II (часть первая), документ A/CN.4/701 (пятый доклад).

[730] На своем 3174-м заседании, состоявшемся 7 июня 2013 года, Комиссия получила доклад Редакционного комитета и приняла в предварительном порядке проекты статей 1, 3 и 4, а на своих 3193–3196-м заседаниях 6 и 7 августа 2013 года она приняла комментарии к ним (см. *Ежегодник… 2013 год*, т. II (часть вторая), пп. 48–49). На своем 3231-м заседании 25 июля 2014 года Комиссия получила доклад Редакционного комитета и приняла в предварительном порядке проекты статей 2 *e*) и 5, а на своих 3240−3242-м заседаниях 6 и 7 августа 2014 года она приняла комментарии к ним (см. *Ежегодник… 2014 год*, т. II (часть вторая), пп. 131–132). На своем 3329-м заседании 27 июля 2016 года Комиссия приняла в предварительном порядке подпункт *f*) проекта статьи 2 и проект статьи 6, в предварительном порядке принятые Редакционным комитетом и принятые к сведению Комиссией на ее шестьдесят седьмой сессии, и на своих 3345-м и 3346-м заседаниях 11 августа 2016 года Комиссия приняла комментарии к ним (см. *Ежегодник… 2016 год*, т. II (часть вторая), пп. 194–195 и 249–250; см. также *Ежегодник… 2015 год*, т. II (часть вторая), п. 176).

заключению, что в контексте иммунитета ratione materiae ограничения и исключения из иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции к государственным должностным лицам применяются. По итогам анализа в докладе был предложен проект статьи 7 о преступлениях, в отношении которых иммунитет не применяется[731].

72. На шестьдесят восьмой сессии из-за того, что текст доклада имелся не на всех языках, Комиссия отметила, что прения по докладу будут продолжены, чтобы их можно было завершить на нынешней сессии. Таким образом, Комиссия продолжила свои прения по пятому докладу на своих 3360-3365-м заседаниях соответственно 18, 19, 23, 24, 26 и 30 мая 2017 года.

73. Обсудив доклад, Комиссия на своем 3365-м заседании 30 мая 2017 года постановила передать проект статьи 7, содержащийся в пятом докладе Специального докладчика, в Редакционный комитет с учетом прений в Комиссии.

74. На своем 3378-м заседании 20 июля 2017 года Комиссия рассмотрела доклад Редакционного комитета и приняла в предварительном порядке проект статьи 7 (см. раздел C.1 ниже). Проект статьи был принят в предварительном порядке путем заносимого в отчет о заседании голосования 21 голосом против 8 при 1 воздержавшемся. Голоса присутствовавших на заседании членов Комиссии распределились следующим образом:

г-н Карлос Х. Аргуэльо Гомес	Да
г-н Эдуардо Валенсия-Оспина	Да
г-н Марсело Васкес-Бермудес	Да
сэр Майкл Вуд	Нет
г-жа Патрисия Галван Телиш	Да
г-н Хуан Мануэль Гомес-Робледо	Да
г-н Чарлз Чернор Джалло	Да
г-н Роман А. Колодкин	Нет
г-н Ахмед Лараба	Нет
г-жа Марья Лехто	Да
г-н Шон Д. Мерфи	Нет
г-н Синья Мурасэ	Да
г-н Хонг Тхао Нгуен	Да
г-н Георг Нольте	Нет
г-жа Нилюфер Орал	Да
г-н Ки Габ Пак	Да
г-н Эрнест Петрич	Нет
г-н Крис Маина Питер	Да
г-н Анируддха Раджпут	Нет
г-н Аугуст Райниш	Да
г-н Хуан Хосе Руда Сантолариа	Да
г-н Жилберту Верне Сабоя	Да
г-н Якуба Сиссе	Да
г-н Дире Д. Тлади	Да
г-н Хассан Уаззани Шахди	Да
г-н Хусейн А. Хассуна	Да
г-н Махмуд Д. Хмуд	Да
г-н Хуэйкан Хуан	Нет
г-н Павел Штурма	Воздерживается
г-жа Консепсьон Эскобар Эрнандес	Да

75. С объяснениями мотивов голосования до проведения голосования выступили г-н Роман А. Колодкин, г-н Шон Д. Мерфи, сэр Майкл Вуд, г-н Хуэйкан Хуан, г-н Анируддха Раджпут, г-н Эрнест Петрич, г-н Хуан Мануэль Гомес-Робледо, г-н Хуан Хосе Руда Сантолариа и г-н Георг Нольте. С объяснениями мотивов голосования после проведения голосования выступили г-н Дире Д. Тлади, г-н Павел Штурма, г-н Махмуд Д. Хмуд, г-н Чарлз Чернор Джалло, г-н Синья Мурасэ, г-н Якуба Сиссе, г-н Хусейн А. Хассуна, г-н Хассан Уаззани Шахди, г-н Ки Габ Пак, г-жа Консепсьон Эскобар Эрнандес и г-н Хонг Тхао Нгуен. Эти заявления по мотивам голосования включены в краткий отчет о 3378-м заседании.

---

[731] Текст проекта статьи 7, предложенный Специальным докладчиком в пятом докладе, гласит:

«*Преступления, в отношении которых иммунитет не применяется*

1. Иммунитет не применяется в отношении следующих преступлений:

a) преступление геноцида, преступления против человечности, военные преступления, пытки и насильственные исчезновения;

b) преступления, связанные с коррупцией;

c) преступления, причиняющие ущерб людям, включая смерть и тяжкий вред, или имуществу, когда такие преступления совершаются на территории государства суда и когда должностное лицо государства находится на указанной территории в момент совершения таких преступлений.

2. Положения пункта 1 не применяются к тем, кто пользуется иммунитетом ratione personae, в период их пребывания в должности.

3. Положения пунктов 1 и 2 не затрагивают:

a) любое положение договора, обязательного для государства суда и государства должностного лица, согласно которому иммунитет не применяется;

b) обязательство сотрудничать с международным судом или трибуналом, которое во всех случаях подлежит соблюдению государством суда».

76. На своих 3387–3389-м заседаниях 3 и 4 августа 2017 года Комиссия приняла комментарии к проекту статьи, в предварительном порядке принятому на текущей сессии (см. раздел C.2 ниже).

77. Неофициальные консультации по теме «Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции» состоялись 18 июля 2017 года под руководством Специального докладчика по данной теме. Неофициальные консультации были открыты для всех желающих. Цель проведения неофициальных консультаций заключалась в обмене мнениями и соображениями по процессуальным аспектам иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, которые станут предметом рассмотрения в шестом докладе Специального докладчика в 2018 году. Консультации проводились на основе неофициального концептуального документа о процессуальных положениях и гарантиях, подготовленного Специальным докладчиком. На 3378-м заседании 20 июля 2017 года Специальный докладчик проинформировала Комиссию о ходе неофициальных консультаций.

1. Представление Специальным докладчиком пятого доклада

78. Специальный докладчик напомнила, что в пятом докладе об ограничениях иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции и исключениях из него рассматривается вопрос, ставший предметом не прекращающейся на протяжении ряда лет полемики в Комиссии и Шестом комитете, в ходе которой высказываются различные и зачастую диаметрально противоположные мнения. При этом налицо общее стремление действовать осторожно и осмотрительно ввиду щекотливости этого вопроса и его значимости для государств. Сам доклад был представлен на шестьдесят восьмой сессии Комиссии[732], и по нему были проведены частичные прения[733]. Специальный докладчик отметила, что вследствие изменения состава Комиссии и в свете комментариев и замечаний по докладу на шестьдесят восьмой сессии Комиссии и в Шестом комитете в ходе семьдесят первой сессии Генеральной Ассамблеи она хотела бы выступить на текущей сессии с дополнительными вступительными замечаниями по докладу. В этой связи Специальный докладчик представила краткий обзор предыдущих прений по пятому докладу в Комиссии и в Шестом комитете.

79. Комментируя пятый доклад как таковой, она отметила, что доклад следует тому же методологическому подходу, что и предыдущие доклады, и содержит анализ практики государств, решений международных судебных органов, предыдущей работы Комиссии и внутреннего законодательства в этой области. В докладе также приняты во внимание информация, полученная от правительств по запросу Комиссии, а также устные заявления государств в Шестом комитете. Специальный докладчик подчеркнула, что пятый доклад, как и все прошлые доклады, подлежит прочтению и пониманию в совокупности с предыдущими докладами по этой теме.

80. Сославшись на свое вступительное выступление по докладу на предыдущей сессии Комиссии, которое она считает неотъемлемой частью предыдущих докладов, рассмотренных Комиссией, Специальный докладчик привлекла внимание к ряду идей, занимающих центральное место в докладе. Во-первых, она отметила, что словосочетание «ограничения и исключения» призвано отразить тот факт, что на практике отказ в предоставлении иммунитета аргументируется по-разному. Специальный докладчик подчеркнула, что различие между ограничениями и исключениями, несмотря на свою теоретическую и нормативную ценность в плане системного толкования режима иммунитета, никакого практического значения не имеет, поскольку «ограничения» или «исключения» в итоге приводят к одному и тому же, а именно неприменению правового режима иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции в конкретном деле.

81. Во-вторых, ограничения и исключения рассматриваются в непосредственной привязке к иммунитету и контексте международно-правовой системы в целом. В этой связи Специальный докладчик подчеркнула: *a*) взаимосвязь между иммунитетом и юрисдикцией, хотя речь идет о двух разных понятиях; *b*) процессуальную природу иммунитета; *c*) различие между иммунитетом должностных лиц государства и иммунитетом государства; и *d*) различие между иммунитетом от иностранной уголовной юрисдикции и иммунитетом в международных уголовных судах и трибуналах. Иммунитет далее рассматривается в докладе с точки зрения международного права как нормативной системы, внутри которой иммунитет призван гарантировать суверенное равенство государств, но при этом уравновешиваться другими важными ценностями международно-правовой системы.

82. В-третьих, большое внимание в докладе уделяется практике государств, которая является краеугольным камнем работы Комиссии. В докладе рассматривается вопрос о том, в какой степени практика указывает на существование норм обычного права, которые можно было бы кодифицировать в русле основной методологии, разработанной Комиссией в ходе ее работы над темой идентификации международного обычного права. В нем также анализируется вопрос о том, просматривается ли тенденция в направлении прогрессивного развития норм, касающихся иммунитета. Не ограничиваясь международной судебной практикой и договорами, доклад содержит анализ национального законодательства и решений национальных судов. Поставленные проблемы анализируются в докладе также и с системной точки зрения путем рассмотрения режима иммунитета в его соотношении с другими аспектами современной международно-правовой системы, понимаемой как единое целое.

83. Исходя из всего этого в докладе сделан вывод о том, что в отношении иммунитета ratione personae практика не позволяет говорить о существовании

[732] *Ежегодник… 2016 год*, т. II (часть вторая), пп. 196–208.

[733] Там же, пп. 209–246.

обычной нормы, допускающей применение ограничений или исключений, или тенденции в пользу формирования такой нормы. С другой стороны, в докладе констатируется, что в контексте иммунитета ratione materiae ограничения и исключения из иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции существуют. В этой связи, несмотря на имеющиеся различия, на практике можно различить четкую тенденцию к рассмотрению совершения международных преступлений в качестве основания для непризнания иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, будь то по причине того, что такие преступления не являются официальными деяниями, из-за их тяжести или того, что они подрывают ценности и принципы, признаваемые международным сообществом в целом.

84. Наконец, Специальный докладчик отметила, что Комиссии следует подходить к рассмотрению темы иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции, и в частности вопроса об ограничениях и исключениях, с позиций кодификации и прогрессивного развития международного права. Комиссии предстоит сделать непростой выбор: следует ли ей поддержать развивающуюся тенденцию в области иммунитета или воспрепятствовать такому развитию.

85. Кроме того, Специальный докладчик прокомментировала предлагаемый проект статьи 7. Три пункта этого проекта статьи призваны комплексно охватить все элементы, определяющие режим ограничений и исключений из иммунитета.

86. В пункте 1 определены преступления, в отношении которых иммунитет не применяется. По образцу Конвенции Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности выражение «не применяется» призвано охватить как ограничения, так и исключения. Ситуации, при которых иммунитет не применяется, обозначены в этом пункте посредством ссылки на преступления, в отношении которых устанавливается юрисдикция, а именно: *a*) международные преступления; *b*) преступления коррупции; и *c*) так называемое «территориальное деликтное исключение».

87. В пункте 2 определяется сфера применения ограничений и исключений. В нем сказано, что ограничения и исключения, содержащиеся в пункте 1, не распространяются на лиц, пользующихся иммунитетом ratione personae, а именно глав государств, глав правительств и министров иностранных дел. При этом в нем подчеркивается, что обладание иммунитетом ratione personae ограничено по времени, а это означает, что ограничения и исключения из иммунитета «тройки» начнут применяться после окончания пребывания ее членов в должности.

88. В пункте 3 содержится положение о «ненанесении ущерба» в отношении ситуаций, регулируемых специальными режимами. Первый подпункт касается случаев, когда иммунитет должностных лиц не применяется ввиду существования договорных отношений между соответствующими государствами. Второй подпункт охватывает случаи, когда иммунитет может быть затронут общим обязательством сотрудничать с международным уголовным судом. Обе эти ситуации вытекают из практических примеров.

89. Что касается будущей работы Комиссии по этой теме, то Специальный докладчик заявила о своем намерении провести в ходе нынешней сессии Комиссии неофициальные консультации по различным процессуальным вопросам, относящимся к теме. Была выражена надежда на то, что такие консультации также будут положены в основу подготовки шестого доклада, который будет представлен на семидесятой сессии Комиссии.

2. Краткое изложение прений

90. Прения на нынешней сессии были продолжением дискуссии по пятому докладу, начавшейся на шестьдесят восьмой сессии Комиссии. Приведенное ниже резюме подлежит прочтению вместе с кратким изложением темы, содержащимся в докладе Комиссии о работе ее шестьдесят восьмой сессии.

a) *Общие замечания*

91. Члены Комиссии поблагодарили Специального докладчика за ее обширный и хорошо документированный пятый доклад, в котором содержится глубокий анализ практики государств, отраженной в договорах и национальном законодательстве, а также международной и национальной судебной практики. Члены Комиссии также высоко оценивали работу прежнего Специального докладчика и качество исследования, подготовленного Секретариатом. Члены подчеркивали сложный и неоднозначный характер темы, и особенно вопроса об ограничениях и исключениях. Высказанные замечания в основном касались методологических и концептуальных вопросов, затронутых в пятом докладе, в том числе методологии и анализа государственной практики, мандата Комиссии в области прогрессивного развития международного права и его кодификации, режима иммунитета в международно-правовой системе в целом, а также взаимосвязи между ограничениями и исключениями и процессуальными аспектами.

Методология и подход к рассмотрению практики государств

92. Несколько членов выразили свою признательность Специальному докладчику за подробный и исчерпывающий анализ практики государств, содержащийся в пятом докладе. Некоторые члены высказались в поддержку методологии Специального докладчика, заявив при этом, что доклад подводит прочный фундамент под предложенный проект статьи.

93. Другие члены отметили, что, несмотря на подробное обсуждение практики, остается неясным, каким образом эта практика связана с конкретными ограничениями и исключениями, содержащимися в проекте статьи 7. Поскольку последовательная практика против неприменимости иммунитета не была установлена, некоторые члены задались также

вопросом о том, содержит ли доклад достаточные доказательства в обоснование предложенных в нем ограничений и исключений. Было отмечено, что многие из приведенных в докладе примеров связаны с иммунитетом государства или иммунитетом в гражданском судопроизводстве, а не с уголовным преследованием. По мнению некоторых членов, в докладе селективно разбираются случаи, которые поддерживают введение ограничений и исключений из иммунитета, но при этом игнорируются свидетельства об обратном. Было отмечено, что примеры в докладе были взяты из различных сфер и временных периодов и не демонстрируют поступательного развития в направлении ограничения иммунитета.

94. Члены Комиссии разошлись во мнениях по поводу обширности и относимости договорной практики в отношении ограничений и исключений из иммунитета. Некоторые члены утверждали, что договорная практика не говорит о наличии тенденции в пользу ограничения иммунитета должностных лиц иностранного государства. По их мнению, ограничения и исключения предусматриваются в небольшом количестве договоров и на практику в связи с такими договорами нельзя полагаться для установления существования обычной нормы. Было отмечено, что многие договоры, включая договоры о дипломатических и консульских сношениях, а также договоры, касающиеся международных преступлений, никаких ограничений или исключений не предусматривают. Кроме того, ряд членов отметили, что договоры, предусматривающие индивидуальную ответственность за международные преступления, даже в случае отрицания ими иммунитета от юрисдикции международных судов, не затрагивают иммунитета иностранных должностных лиц от юрисдикции национальных судов.

95. Другие члены утверждали, что договорная практика отражает намеренный переход к признанию ограничений и исключений из иммунитета должностных лиц государства. Некоторые считали, что это органично вписывается в работу Комиссии в области индивидуальной уголовной ответственности, отметив, что иммунитет в случае международных преступлений не признается в таких документах, как Принципы международного права, признанные Уставом Нюрнбергского трибунала и нашедшие выражение в решении этого Трибунала[734], а также в работе над проектом кодекса преступлений против мира и безопасности человечества и в области международной уголовной юрисдикции. Эти члены были убеждены в том, что данный проект статьи должен следовать примеру Римского статута Международного уголовного суда (Римский статут), в статье 27 которого сказано о недопустимости ссылки на должностное положение. В этой связи был упомянут также принятый Африканским союзом Протокол о внесении изменений в Протокол о Статуте Африканского суда по правам человека (Протокол Малабо). Кроме того, некоторые члены отметили, что на объем иммунитета, которым пользуются должностные лица государства, влияет рост числа договоров, в которых содержится положение об осуществлении судебного преследования или выдачи. По их мнению, обязательство осуществлять судебное преследование за международные преступления подразумевает ограничение иммунитета должностных лиц государства.

96. Говоря о внутреннем законодательстве, некоторые члены отметили, что имеется мало примеров национальных законов, в которых признавались бы ограничения и исключения из иммунитета иностранных должностных лиц, даже в случае совершения международных преступлений. Несколько членов констатировали, что, как правило, национальные законы об имплементации Римского статута исключительно касаются организационных вопросов или вопросов выдачи, а не иммунитета. Было отмечено, что те немногие страны, законодательство которых содержало более широкие изъятия, недавно пересмотрели свои законы об иммунитете должностных лиц государства на предмет сужения объема таких ограничений и исключений.

97. Другие члены были убеждены в том, что национальное законодательство отражает тенденцию, выявленную Специальным докладчиком. Было высказано мнение, что, даже если национальное законодательство зачастую касается государственного иммунитета, по крайней мере оно свидетельствует о тенденции к ограничению иммунитета. Некоторые члены Комиссии отметили, что имплементация Римского статута на национальном уровне оказывает непосредственное влияние на режим иммунитета в национальных судах.

98. Некоторые члены критиковали пятый доклад за небольшое число рассмотренных в нем дел, слушавшихся в национальных судах. Было отмечено, что многие из решений по этим делам были отменены вышестоящими органами или касались не столько иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, сколько иммунитета государства или иммунитета в гражданском судопроизводстве. Некоторые члены Комиссии считали, что в докладе следовало бы проанализировать причины, по которым в конкретных делах иммунитет признавался или не признавался; в нем следовало бы проанализировать также дела, в которых обвинители отказывалась от преследования в силу иммунитета соответствующего должностного лица; и следовало бы рассмотреть дела, в которых государства безуспешно пытались заявить об иммунитете.

99. Ряд членов Комиссии были убеждены в том, что малый размер выборки проанализированных в докладе национальных дел никак не влияет на содержащийся в нем анализ существа вопроса. Специальному докладчику было рекомендовано глубже изучить региональную практику, например судебную практику в Азии и практику Межамериканского суда по правам человека.

100. Несколько членов подчеркнули, что тенденция, просматривающаяся в международной судебной практике, идет вразрез с выводами, сделанными в пятом докладе. Было подчеркнуто, что

[734] *Ежегодник… 1950 год*, т. II, документ A/1316, с. 374 англ. текста.

международные и региональные суды неоднократно подтверждали иммунитет, даже по делам, касавшимся международных преступлений или нарушений императивных норм международного права (jus cogens). В решениях международных судебных органов подчеркивалось, что на иммунитет, который носит процессуальный характер, не влияет тяжесть деяния. Ряд членов привлекли особое внимание к различию между международными и национальными судами. По их убеждению, непризнание иммунитета от юрисдикции международных уголовных судов не влечет за собой неприменимость иммунитета в национальных судебных органах. Было отмечено, что международные трибуналы признавали отказ в иммунитете со стороны национальных судов только в делах, которые касались сотрудничества с такими трибуналами.

101. Другие члены утверждали, что проведенный Специальным докладчиком анализ международной судебной практики поддерживает ее подход к ограничениям и исключениям из иммунитета. Несколько членов отметили, что многие из международных решений, подтверждавших иммунитет, не имели отношения к индивидуальной уголовной ответственности, а касались иммунитета в гражданском судопроизводстве, иммунитета государств, должностных лиц, пользующихся иммунитетом ratione personae, или вопросов ответственности государств. Некоторые члены также указали на то, что международные суды и трибуналы оговаривали применение иммунитета наличием альтернативных средств правовой защиты потерпевших; если таких средств нет, иммунитет не может быть подтвержден. Была сделана ссылка на особые и несогласные мнения судей, согласно которым требования суверенитета не должны затмевать обеспечение подотчетности, но при этом была отмечена необходимость сбалансированного подхода.

Прогрессивное развитие международного права и его кодификация

102. По мнению некоторых членов Комиссии, в докладе можно было бы более четко указать, имеет ли он целью определить сферу применения существующих норм международного права (lex lata) или отразить намечающуюся тенденцию к закреплению желательных норм (lex ferenda), или же он направлен на формирование «нового права». Было отмечено, что в силу своего двуединого мандата, предусматривающего как кодификацию международного права, так и его прогрессивное развитие, Комиссия обязана строго придерживаться сложившейся практики в вопросах кодификации и открыто отстаивать прогрессивный характер своей работы, когда речь идет о развитии международного права. Несколько членов настоятельно призвали Комиссию сосредоточиться на существующем праве и не заниматься прогрессивным развитием. Было отмечено, что задача Комиссии не в том, чтобы составить некий новый международный договор, нормы которого в конечном итоге будут подлежать утверждению государствами, а в том, чтобы выработать набор руководящих указаний по существующей практике, предназначенный для использования неспециалистами, вовлеченными в осуществление преследования в национальных судах.

103. Некоторые члены Комиссии подвергли критике пятый доклад в связи с тем, что содержащиеся в нем утверждения о существовании в международном обычном праве норм об ограничениях и исключениях из иммунитета не подкрепляются убедительными примерами из практики. По мнению нескольких членов, в докладе не нашли достаточного отражения серьезные разногласия относительно материально-правовых и процессуальных аспектов этого вопроса, имеющиеся в Комиссии и Шестом комитете. Было отмечено, что ввиду существующих расхождений во мнениях Комиссии следует действовать осторожно.

104. Другие члены отметили, что работа Комиссии по вопросу об ограничениях и исключениях должна отражать и кодификацию, и прогрессивное развитие. Было заявлено, что в пятом докладе точно зафиксировано нынешнее состояние международного права об иммунитете иностранных должностных лиц. Эти члены обратили внимание на сохраняющуюся неопределенность в отношении сферы охвата иммунитета, что должно побудить Комиссию выработать руководящие указания по этому вопросу вне зависимости от того, что думают государства. Прозвучал настоятельный призыв к Комиссии не забывать о своей приверженности делу прогрессивного развития международного права, неоднократно продемонстрированной ею в ходе работы над предыдущими документами. По мнению некоторых из этих членов, на нынешнем этапе нельзя полностью исключать возможность выработки проектов статей, которые впоследствии могли бы послужить основой для будущего международного договора по этому вопросу.

105. Некоторые члены выразили сомнения относительно того, подкрепляется ли практикой государств довод о якобы формирующейся тенденции к признанию ограничений и исключений из иммунитета должностных лиц государства. Эти члены заявили, что подобной тенденции не существует или что, если можно было бы говорить о какой-либо заметной тенденции, то скорее об обратной. Выступающие напомнили о том, что несколько государств недавно сузили сферу применения ограничений иммунитета и исключений из него в своем внутреннем законодательстве и что в своих решениях последнего времени международные и региональные суды, как правило, подтверждали иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции.

106. Другие члены заявили, что, даже если не все аспекты доклада имеют прочную основу в международном обычном праве, тенденция к ограничению иммунитета ratione materiae и применению исключений из него действительно имеет место. Некоторые члены указали, что ее наличие подтверждается изменениями, наблюдаемыми в сфере иммунитета государств и в области международного уголовного права и международного права прав человека. Кроме того, было отмечено, что суды и трибуналы все чаще отказываются применять положения об иммунитете либо в силу того, что вменяемое тому или иному должностному лицу деяние является нарушением императивной нормы международного права (jus cogens), либо потому, что, по их мнению, такие деяния не могут

совершаться в официальном качестве. К тому же известно, что некоторые государства поддерживают идею ограничения сферы действия иммунитета иностранных должностных лиц. Некоторые члены настаивали, что в интересах борьбы с безнаказанностью и устранения препятствий для привлечения виновных к ответственности за преступления по международному праву Комиссии следует способствовать упрочению такой тенденции.

Международное право как система

107. Некоторые члены особо отметили, что проекты статей должны обеспечить баланс между принципом суверенного равенства государств и необходимостью поддержания стабильности в международных отношениях, с одной стороны, и заинтересованностью международного сообщества в целом в предотвращении особо тяжких преступлений по международному праву и наказании виновных в их совершении – с другой.

108. Другие члены выразили опасения относительно того, что предлагаемые Специальным докладчиком ограничения иммунитета и исключения из него могут привести к злоупотреблениям, например путем создания возможностей для политически мотивированного преследования должностных лиц государства в иностранных юрисдикциях. Это может подорвать стабильность в международных отношениях и воспрепятствовать борьбе с безнаказанностью и поощрению прав человека. Особое внимание было обращено на один из основополагающих принципов международного права, согласно которому суды одного государства не вправе судить о деяниях другого государства.

109. Несколько членов отметили, что система иммунитета не может и не должна препятствовать защите основополагающих интересов международного сообщества. Было подчеркнуто, что защита прав человека и борьба с безнаказанностью не являются второстепенными по отношению к суверенитету государства, но между ними необходим баланс. По мнению этих членов, лицам, совершившим международные преступления, не может быть позволено прятаться под покровом суверенитета в стремлении оградить себя от преследования, поскольку их деяния привели к резкой дестабилизации положения в странах и регионах, в которых они были совершены, и в конечном итоге отразились на международном сообществе в целом. Было особо указано на то, что нормы об иммунитете следует рассматривать не изолированно, а в комплексе с другими нормами системы международного права.

Процессуальные аспекты иммунитета

110. Некоторые члены обратили внимание на то, что вопрос об ограничениях и исключениях тесно связан с вопросом о процессуальных аспектах иммунитета, включая процессуальные средства защиты и гарантии. Несколько членов выразили сожаление в связи с тем, что Специальный докладчик не представила шестой доклад по этому вопросу на текущей сессии. Ряд членов предложили Комиссии отложить рассмотрение вопроса об ограничениях и исключениях и вернуться к нему после того, как Специальный докладчик изложит свои взгляды на процессуальные аспекты в своем шестом докладе, с тем чтобы эти два вопроса могли быть рассмотрены вместе.

111. Было отмечено, что процессуальные средства защиты могут помочь обеспечить необходимый баланс между уважением суверенного равенства государств и необходимостью борьбы с безнаказанностью. Несколько членов сослались на выводы предыдущего Специального докладчика по этой теме, который исследовал различные процессуальные вопросы, касающиеся временных рамок, задействования, бремени доказывания и отказа от иммунитета. Касаясь вопроса об отказе от иммунитета, некоторые члены предложили установить порядок, обязывающий государство должностного лица прямо заявлять о задействовании иммунитета; или ввести основанную на международном договоре обязанность «отказываться от иммунитета или осуществлять судебное преследование», что заставит государство выбирать: либо заявлять об отказе от иммунитета в иностранном суде, либо самостоятельно осуществлять судебное преследование в отношении соответствующего должностного лица.

112. Особо отметив процессуальную природу иммунитета, ряд членов обратили внимание на то, что в случаях его успешного задействования по дипломатическим каналам или в суде иммунитет приостанавливает осуществление юрисдикции иностранного суда, но не затрагивает вопроса об уголовной ответственности лица, предположительно виновного в совершении преступления. Поскольку вопрос об иммунитете носит предварительный характер, он должен рассматриваться судами до начала рассмотрения дела по существу. Было заявлено, что по этой причине тяжесть предполагаемого деяния не может никак повлиять на применение иммунитета или на суверенный или официальный характер такого деяния. Эти члены Комиссии указали, что это не означает, что никто не понесет ответственности, ведь, например, государство, которое задействует иммунитет своего должностного лица и признает его деяния своими, само начинает нести ответственность и ему самому может быть предъявлен иск в национальном или международном суде.

113. Другие члены утверждали, что при всей важности обсуждения процессуальных аспектов для рассмотрения этой темы в целом Комиссии следует сначала определить материально-правовые признаки ограничений иммунитета и исключений из него. Было отмечено, что процессуальные аспекты имеют отношение к проектам статей в целом и могут рассматриваться только после того, как будут исследованы все материальные элементы. Несколько членов предложили не предвосхищать прения Комиссии по этой теме в контексте обсуждения шестого доклада и настоятельно призвали Комиссию не задерживать рассмотрение вопроса об ограничениях иммунитета и исключениях из него.

114. Ряд членов Комиссии заявили о наличии прочной взаимосвязи между иммунитетом и безнаказанностью за совершение международных преступлений.

Было особо указано, что в отсутствие альтернативной инстанции или юрисдикции для судебного преследования за международные преступления использование иммунитета в качестве процессуального барьера в национальном суде будет иметь материально-правовые последствия. Некоторые члены подчеркнули, что материально-правовая справедливость не должна приноситься в жертву справедливости процессуальной, особенно когда речь идет о нарушениях императивных норм международного права (jus cogens). Эти члены предупредили, что исключительно процессуальный подход к иммунитету окажет негативное воздействие на развитие концепции индивидуальной ответственности в международном праве.

115. Было отмечено, что Международный уголовный суд, очевидно являющийся наиболее подходящим органом для осуществления преследования должностных лиц государства, не располагает возможностями и ресурсами для привлечения к ответственности всех лиц, предположительно виновных в совершении международных преступлений. Напомнив о том, что Суд осуществляет свою деятельность на основе принципа дополнительности, эти члены заявили, что главными борцами с безнаказанностью должны оставаться национальные суды. Было отмечено также, что ответственность государства за то или иное деяние не отменяет индивидуальной ответственности должностного лица и не должна создавать препятствия для осуществления в его отношении индивидуального судебного преследования.

b) *Конкретные замечания по проекту статьи 7*

116. Некоторые члены задали вопрос о том, почему предлагаемое название проекта статьи 7 касается ситуаций, «в отношении которых иммунитет не применяется», тогда как в докладе идет речь об «ограничениях и исключениях» из иммунитета. Было высказано мнение о том, что отсутствие ясности в отношении значения и содержания понятия «ограничения и исключения» говорит о том, что проект статьи 7 не отражает укоренившиеся нормы международного права.

117. Несколько членов сочли полезным разграничение понятий «ограничения» и «исключения» и предложили его сохранить. По их мнению, это позволяет провести различие между ситуациями, в которых вопрос об иммунитете не возникает, поскольку соответствующее поведение не может рассматриваться как официальное деяние или деяние, совершенное в официальном качестве, и ситуациями, когда иммунитет не действует в силу исключительных обстоятельств.

118. Другие члены поддержали формулировку, предложенную Специальным докладчиком. Было отмечено, что до сих пор в своей работе над этой темой Комиссия исходила из того, что иммунитет применяется, и предполагалось, что проект статьи 7 будет касаться случаев его «неприменения». Некоторые члены отметили, что подобное разграничение могло бы обеспечить ясность в теоретическом плане, но оно не имеет никакой основы в практике государств.

119. Некоторые члены вновь выразили свои общие сомнения относительно предложенного проекта статьи 7. В качестве возможного дальнейшего шага было предложено изменить текст проекта статьи с учетом обязательства по отмене иммунитета или осуществлению судебного преследования за наиболее тяжкие преступления по международному праву, что повлечет за собой возникновение у государств обязанности либо лишать своих должных лиц иммунитета от преследования в судах других государств, либо выполнить свое обязательство по привлечению к ответственности своих собственных должностных лиц.

120. Ряд членов Комиссии просили уточнить, является ли перечень преступлений в пункте 1 исчерпывающим или сугубо ориентировочным. Было предложено заменить этот перечень общим указанием на наиболее серьезные преступления по международному праву. Некоторые члены отметили, что этот пункт следует сформулировать таким образом, чтобы оставалась возможность его применения в случае появления новых видов преступлений, в отношении которых иммунитет не будет действовать. Другие члены Комиссии поставили под сомнение наличие в международном обычном праве оснований для включения в проект статьи перечисленных Специальным докладчиком преступлений, а также просили пояснить, на чем основано решение включить в текст одни виды преступлений и не включать другие деяния, которые вполне могут быть отнесены к той же категории. Было также высказано мнение о том, что в проект статьи или комментарии к нему следует включить надлежащие определения перечисленных в нем преступлений.

121. Несколько членов высказались за то, чтобы включить в текст подпункта *a*) особо тяжкие преступления, такие как геноцид, преступления против человечности и военные преступления. Некоторые члены отметили, что пытки и насильственные исчезновения, перечисленные Специальным докладчиком, относятся к категории преступлений против человечности. Было предложено также включить в текст такие преступления, как рабство, апартеид, терроризм и преступления против всемирного культурного наследия.

122. Кроме того, члены обсудили вопрос о том, стоит ли включать в текст проекта статьи преступление агрессии. Те члены, которые поддержали эту идею, указали на особую тяжесть преступления агрессии, подчеркиваемую в Нюрнбергских принципах, и на ожидаемое вступление в силу положения Римского статута о распространении на это преступление юрисдикции Суда. Было отмечено также, что в нормативных актах некоторых государств по обеспечению осуществления международных обязательств предусматривается внутригосударственное судебное преследование за совершение этого преступления. Другие члены согласились с доводами Специального докладчика о том, что преступление агрессии следует исключить по причинам, изложенным в пятом докладе. Было заявлено, что преследование государственных должностных лиц другими государствами за преступление агрессии затрагивает принцип

суверенного равенства государств; эта проблема не возникает, когда преследование осуществляется в международных судах.

123. Касаясь подпункта *b*), некоторые члены выразили сомнения относительно того, подкрепляется ли практикой государств решение о включении преступлений, связанных с коррупцией, в перечень оснований для ограничения иммунитета или исключения из него. Было отмечено также, что предложенная Специальным докладчиком формулировка весьма расплывчата в том, что касается понятия коррупции и подпадающих под ее определение деяний. Некоторые члены указали, что преступление коррупции не может быть совершено в официальном качестве, поскольку такие деяния всегда направлены на получение личной выгоды. В этой связи было отмечено, что применение иммунитета в отношении коррупции и так уже исключено проектом статьи 6. Было высказано мнение о том, что этот подпункт можно было бы удалить, а ссылку на преступление коррупции включить в комментарии.

124. Другие члены поддержали упоминание в тексте проекта статьи преступления коррупции, отметив, что международное сообщество должно сотрудничать в предотвращении таких преступлений и наказании виновных. Было указано, что национальные суды часто отказываются признавать иммунитет в делах, связанных с коррупцией, и что во многих государствах приняты законы по предотвращению коррупции и наказанию за нее, а также о том, что коррупция является предметом различных международных и региональных конвенций.

125. Некоторые члены особо отметили, что коррупция серьезно подрывает работу государственных органов и верховенство права и может оказывать значительное воздействие на социально-экономическое положение населения страны. Было предложено, чтобы проект статьи касался «крупной» или масштабной коррупции. Было высказано предложение дополнить этот подпункт указанием на то, что должно происходить с доходами от коррупции в случаях, когда должностное лицо подвергается преследованию в иностранной юрисдикции. Было отмечено, что это зависит от политической воли затрагиваемых государств, но по общему правилу такие средства должны быть возвращены в страну, из которой они были выведены.

126. Некоторые члены Комиссии отметили, что территориальное деликтное исключение, положенное в основу подпункта *c*), широко применяется в гражданском процессе, но не в сфере уголовного правосудия. Было отмечено, что в авторитетных источниках, на которые ссылается Специальный докладчик, в основном идет речь о гражданских делах и что в докладе вопрос о его применимости в уголовном праве исследован недостаточно. Несколько членов напомнили, что само это понятие остается спорным в международном праве и что доклад оставляет без ответа ряд вопросов, например о его применимости в отношении военных действий или иных государственных актов. В этой связи было высказано мнение о том, что этот подпункт следует сформулировать более узко. Некоторые члены сослались на определение, предложенное предыдущим Специальным докладчиком по данной теме. Было предложено также ограничить сферу применения этого подпункта конкретными действиями, посягающими на суверенитет государств, включая шпионаж, политическое убийство и диверсии.

127. Члены в целом согласились с содержанием пункта 2, отметив, что он отражает существующую практику. Было предложено уточнить в комментариях, что иммунитетом ratione personae пользуются только члены «тройки» в составе главы государства, главы правительства и министра иностранных дел. Было особо отмечено, что в соответствии с международной судебной практикой иммунитет ratione personae применяется без ущерба для уголовной ответственности наделенных им лиц. Было предложено указать, что иммунитет ratione personae не действует в международных судах.

128. Некоторые члены отметили, что пункт 2 является излишним и его можно удалить. Они предложили указать в пункте 1, что ограничения иммунитета и исключения из него, предусмотренные в проекте статьи, применяются только в отношении иммунитета ratione materiae. Другие члены высказались за сохранение этого пункта, с тем чтобы подчеркнуть разницу между иммунитетом ratione personae и иммунитетом ratione materiae. Было предложено привести положения проекта статьи о временных рамках действия иммунитета ratione personae и иммунитета ratione materiae в соответствие с положениями проектов статей 4 и 6. Кроме того, было высказано мнение о том, что иммунитет ratione personae следует ограничить, поскольку иначе это может привести к безнаказанности в случаях, когда то или иное лицо управляет страной пожизненно.

129. Несколько членов согласились с использованием в пункте 3 оговорки «без ущерба». Было отмечено, что, вопреки положению подпункта *a*), эту оговорку следует также распространить на договоры, по которым иммунитет применяется. Касаясь положения подпункта *b*), некоторые члены сочли ссылку на «международный трибунал» слишком расплывчатой и предложили внести в проект статьи уточнение, идет ли в данном случае речь о международных уголовных судах и трибуналах или о любых международных трибуналах. Было выражено мнение о том, что рассматриваемый пункт продолжает наносить ущерб и его следует удалить, поскольку он может затрагивать вопросы, являющиеся предметом рассмотрения еще не завершившихся судебных процессов.

c) *Будущая работа*

130. Многие члены Комиссии заявили о том, что они с нетерпением ожидают выхода шестого доклада, который будет посвящен процессуальным аспектам иммунитета. Было высказано мнение о том, что Специальному докладчику следует рассмотреть связь между иммунитетом и сроками давности преступлений, в отношении которых никакие ограничения иммунитета и исключения из него не применяются. Некоторые члены отметили, что Комиссии следует

вернуться к рассмотрению некоторых из ранее принятых ею в предварительном порядке текстов, например к определению понятия «иммунитет от юрисдикции», с тем чтобы определить, охватывает ли оно вопросы неприкосновенности.

3. Заключительные замечания Специального докладчика

131. Подводя итоги состоявшегося обсуждения, Специальный докладчик выразила свое удовлетворение широкой и интересной дискуссией, вызванной пятым докладом. Отвечая на некоторые из критических замечаний в отношении структуры и содержания доклада, Специальный докладчик подчеркнула, что все разделы доклада имеют равную значимость для содержащихся в нем выводов. Она обратила внимание также на то, что по-настоящему важно существо представленных доводов, а не то, следовала ли она подходу предыдущего Специального докладчика.

132. Специальный докладчик обратила внимание на различные мнения, высказанные в отношении анализа практики в пятом докладе. Она подчеркнула, что, как следует из их практики, международные суды не отказываются однозначно принимать ограничения и исключения из иммунитета ratione materiae, поскольку их решения в основном касаются государственного иммунитета или иммунитета ratione personae. Она подчеркнула также важность практики национальных судов, которая, даже несмотря на ее ограниченный и не вполне однородный характер, занимает центральное место в этом проекте. Она поблагодарила членов за предложение включить в доклад дополнительные примеры решений международных, региональных и национальных судов.

133. Специальный докладчик заявила, что содержащийся в докладе анализ национальных законов позволил разграничить понятия иммунитета должностных лиц государства и государственного иммунитета; выявил относительный характер государственного иммунитета; и проиллюстрировал применение «территориального деликтного исключения». Она отметила также, что внутренние законы об осуществлении Римского статута могут пролить свет на вопрос об иммунитете должностных лиц государства, особенно в тех случаях, когда законодатель не ограничивается требованиями Римского статута. Специальный докладчик отметила, что другие формы государственной практики, такие как решения прокуроров или дипломатические демарши, как правило, не становятся достоянием общественности и поэтому не могут рассматриваться как релевантная практика.

134. Специальный докладчик признала, что между членами имеются разногласия относительно того, можно ли говорить о существовании обычной нормы или о формирующейся тенденции к применению ограничений или исключений из иммунитета должностных лиц государства. Она заявила, что Комиссии следует сосредоточиться на выявлении соответствующих норм lex lata и lex ferenda, касающихся иммунитета. Она не согласилась с мнением о том, что Комиссия занимается изобретением некоего «нового права» по этому вопросу, как предположили некоторые члены. В этой связи Специальный докладчик отметила, что проекты статей, как и в случае с другими проектами Комиссии, содержат элементы и кодификации, и прогрессивного развития и что в этом свете их следует рассматривать.

135. Специальный докладчик вновь выразила свою позицию, согласно которой рассматриваемое в докладе различие между ограничениями иммунитета и исключениями из него позволяет составить более ясное представление о концепции иммунитета должностных лиц государства и его роли в международно-правовой системе. По ее мнению, такой подход не является несовместимым с прагматичной формулировкой проекта статьи 7, в котором рассматриваются случаи, когда иммунитет «не применяется»; напротив, эта формулировка позволяет обойти ряд спорных вопросов, касающихся различия между ограничениями и исключениями, и имеет основание в практике.

136. Специальный докладчик согласилась с мнением членов о том, что обсуждение процессуальных аспектов иммунитета имеет жизненно важное значение для проекта. Вместе с тем она отметила, что процессуальные аспекты выходят за рамки вопроса об ограничениях и исключениях и затрагивают проекты статей в целом и что их следует рассматривать после того, как Комиссия завершит рассмотрение вопроса об ограничениях и исключениях из иммунитета. Она указала на то, что предыдущий Специальный докладчик следовал аналогичному подходу, и вновь выступила с предложением о проведении неофициальных консультаций по этой теме в рамках подготовки к представлению шестого доклада.

137. Касаясь конкретных замечаний по проекту статьи, предложенному в пятом докладе, Специальный докладчик отметила, что многие члены высказались в пользу сохранения пункта 1, хотя были сделаны различные предложения по изменению его содержания. Специальный докладчик выразила готовность включить в текст подпункта *a*) преступление апартеида, но отметила, что она по-прежнему сомневается в том, стоит ли включать в него также другие преступления транснационального характера, поскольку последние признаются таковыми на основании договора, а не в силу обычая. Кроме того, Специальный докладчик вновь выразила сомнения относительно включения в текст преступления агрессии, поскольку это усиливает опасность политизации всего проекта. По той же причине она предпочла бы сохранить в тексте перечень конкретных преступлений, не заменяя его общей отсылкой на международные преступления в целом. Определения конкретных преступлений могут быть включены в комментарии, возможно с отсылкой к существующим договорам.

138. Специальный докладчик отметила сохраняющиеся разногласия по поводу включения в проект статьи преступления коррупции в подпункте *b*). Она согласилась с тем, что это положение должно применяться в первую очередь в отношении дел, связанных с «крупной коррупцией», и это понятие нуждается в дополнительной конкретизации в комментариях. Она подчеркнула, что, поскольку

коррупция всегда преследует цель личного обогащения, такие преступления не могут рассматриваться как деяние, которое совершается в официальном качестве и на которое распространяется иммунитет ratione materiae. Касаясь «территориального деликтного исключения», предусмотренного в подпункте c), Специальный докладчик указала, что его применение не ограничивается рамками гражданской юрисдикции. В своем нынешнем виде оно служит интересам борьбы с такими серьезными преступлениями, как диверсионная деятельность и шпионаж.

139. Специальный докладчик обратила внимание на выраженное членами общее согласие по пункту 2, согласно которому ограничения и исключения не применяются в отношении иммунитета ratione personae, что отражает прочно устоявшуюся и в практике, и в доктрине позицию. По ее мнению, прямое указание на иммунитет ratione personae обеспечивает баланс между принципом суверенного равенства и интересами борьбы с безнаказанностью, и удаление этого пункта может свести на нет этот баланс. Она также высказалась за сохранение оговорок «без ущерба» в пункте 3, поскольку это позволит устранить любые коллизии, которые могут возникнуть между нормами проектов статей и существующих международных документов, включая договоры, касающиеся международных уголовных судов и трибуналов.

C. Текст проектов статей об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, в предварительном порядке принятых Комиссией к настоящему времени

1. Текст проектов статей

140. Текст проектов статей, в предварительном порядке принятых Комиссией к настоящему времени, приводится ниже.

ИММУНИТЕТ ДОЛЖНОСТНЫХ ЛИЦ ГОСУДАРСТВА ОТ ИНОСТРАННОЙ УГОЛОВНОЙ ЮРИСДИКЦИИ

Часть первая

ВВЕДЕНИЕ

Статья 1. Сфера применения настоящих проектов статей

1. Настоящий проект статей применяется к иммунитету должностных лиц государства от уголовной юрисдикции другого государства.

2. Настоящий проект статей не затрагивает иммунитета от уголовной юрисдикции, которым на основании специальных норм международного права обладают, в частности, лица, связанные с дипломатическими представительствами, консульскими учреждениями, специальными миссиями, международными организациями и вооруженными силами государства.

Статья 2. Определения

Для целей настоящего проекта статей:

...

***e*) «должностное лицо государства» означает любое лицо, которое представляет государство или осуществляет государственные функции;**

***f*) «деяние, совершенное в официальном качестве» означает любое деяние, совершенное должностным лицом государства при осуществлении государственной власти.**

Часть вторая

ИММУНИТЕТ RATIONE PERSONAE*

Статья 3. Лица, обладающие иммунитетом ratione personae

Иммунитетом ratione personae от осуществления иностранной уголовной юрисдикции обладают главы государств, главы правительств и министры иностранных дел.

Статья 4. Сфера охвата иммунитета ratione personae

1. Главы государств, главы правительств и министры иностранных дел обладают иммунитетом ratione personae только в течение срока их полномочий.

2. Такой иммунитет ratione personae охватывает все деяния, совершенные будь то в частном или официальном качестве главами государств, главами правительств и министрами иностранных дел до или в течение срока их полномочий.

3. Прекращение иммунитета ratione personae не затрагивает применения норм международного права, касающихся иммунитета ratione materiae.

Часть третья

ИММУНИТЕТ RATIONE MATERIAE*

Статья 5. Лица, обладающие иммунитетом ratione materiae

Должностные лица государства, выступающие в качестве таковых, обладают иммунитетом ratione materiae от осуществления иностранной уголовной юрисдикции.

Статья 6. Сфера охвата иммунитета ratione materiae

1. Должностные лица государства обладают иммунитетом ratione materiae только в отношении деяний, совершенных в официальном качестве.

2. Иммунитет ratione materiae в отношении деяний, совершенных в официальном качестве, продолжает существовать после того, как такие лица перестают быть должностными лицами государства.

3. Лица, обладавшие иммунитетом ratione personae в соответствии с проектом статьи 4, срок полномочий которых закончился, продолжают обладать иммунитетом в отношении деяний, совершенных в официальном качестве в течение срока таких полномочий.

Статья 7. Преступления по международному праву, в отношении которых иммунитет ratione materiae не применяется

1. Иммунитет ratione materiae от осуществления иностранной уголовной юрисдикции не применяется в отношении следующих преступлений по международному праву:

***a*) преступление геноцида;**

***b*) преступления против человечности;**

***c*) военные преступления;**

***d*) преступление апартеида;**

***e*) пытка;**

---

* Комиссия рассмотрит процессуальные положения и гарантии, применимые к настоящим проектам статей, на своей семидесятой сессии.

f) **насильственное исчезновение.**

2. Для целей настоящего проекта статьи вышеупомянутые преступления по международному праву следует понимать в соответствии с их определением в международных договорах, перечисленных в приложении к настоящему проекту статей.

Приложение

ПЕРЕЧЕНЬ ДОГОВОРОВ, УПОМЯНУТЫХ В ПУНКТЕ 2 ПРОЕКТА СТАТЬИ 7

Преступление геноцида

Римский статут Международного уголовного суда, 17 июля 1998 года, статья 6;

Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него, 9 декабря 1948 года, статья II.

Преступления против человечности

Римский статут Международного уголовного суда, 17 июля 1998 года, статья 7.

Военные преступления

Римский статут Международного уголовного суда, 17 июля 1998 года, статья 8, пункт 2.

Преступление апартеида

Международная конвенция о пресечении преступления апартеида и наказании за него, 30 ноября 1973 года, статья II.

Пытка

Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, 10 декабря 1984 года, статья 1, пункт 1.

Насильственное исчезновение

Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений, 20 декабря 2006 года, статья 2.

2. Текст проекта статьи и комментария к нему, в предварительном порядке принятых Комиссией на ее шестьдесят девятой сессии

141. Текст проекта статьи и комментария к нему, в предварительном порядке принятых Комиссией на ее шестьдесят девятой сессии, приводится ниже:

ИММУНИТЕТ ДОЛЖНОСТНЫХ ЛИЦ ГОСУДАРСТВА ОТ ИНОСТРАННОЙ УГОЛОВНОЙ ЮРИСДИКЦИИ

Часть вторая

ИММУНИТЕТ RATIONE PERSONAE*

…

Часть третья

ИММУНИТЕТ RATIONE MATERIAE*

…

* Комиссия рассмотрит процессуальные положения и гарантии, применимые к настоящим проектам статей, на своей семидесятой сессии.

Статья 7. Преступления по международному праву, в отношении которых иммунитет ratione materiae не применяется

1. Иммунитет ratione materiae от осуществления иностранной уголовной юрисдикции не применяется в отношении следующих преступлений по международному праву:

a) **преступление геноцида;**

b) **преступления против человечности;**

c) **военные преступления;**

d) **преступление апартеида;**

e) **пытка;**

f) **насильственное исчезновение.**

2. Для целей настоящего проекта статьи вышеупомянутые преступления по международному праву следует понимать в соответствии с их определением в международных договорах, перечисленных в приложении к настоящему проекту статей.

Приложение

ПЕРЕЧЕНЬ ДОГОВОРОВ, УПОМЯНУТЫХ В ПУНКТЕ 2 ПРОЕКТА СТАТЬИ 7

Преступление геноцида

Римский статут Международного уголовного суда, 17 июля 1998 года, статья 6;

Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него, 9 декабря 1948 года, статья II.

Преступления против человечности

Римский статут Международного уголовного суда, 17 июля 1998 года, статья 7.

Военные преступления

Римский статут Международного уголовного суда, 17 июля 1998 года, статья 8, пункт 2.

Преступление апартеида

Международная конвенция о пресечении преступления апартеида и наказании за него, 30 ноября 1973 года, статья II.

Пытка

Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, 10 декабря 1984 года, статья 1, пункт 1.

Насильственное исчезновение

Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений, 20 декабря 2006 года, статья 2.

Комментарий

1) В проекте статьи 7 перечисляются преступления по международному праву, в отношении которых иммунитет ratione materiae не применяется согласно настоящим проектам статей. Проект статьи состоит из двух пунктов, посвященных соответственно перечислению преступлений (пункт 1) и указанию на определение этих преступлений (пункт 2).

2) Проект статьи 7 касается только юрисдикционного иммунитета ratione materiae, в силу чего он включен в часть третью проекта статей, и он не применяется к юрисдикционному иммунитету ratione personae, который регламентируется частью второй проекта статей.

3) Однако это не означает, что должностные лица государства, перечисленные в проекте статьи 3 (глава государства, глава правительства и министр иностранных дел), полностью исключены из сферы применения проекта статьи 7. Напротив, следует помнить о том, что, как отметила Комиссия, глава государства, глава правительства и министр иностранных дел «обладают иммунитетом ratione personae только в течение срока их полномочий»[735] и прекращение такого иммунитета «не затрагивает применения норм международного права, касающихся иммунитета ratione materiae»[736]. Кроме того, в проекте статьи 6, касающемся иммунитета ratione materiae, предусматривается, что «лица, пользовавшиеся иммунитетом ratione personae… срок полномочий которых закончился, продолжают обладать иммунитетом в отношении деяний, совершенных в официальном качестве в течение срока действия полномочий»[737]. Таким образом, поскольку такой остаточный иммунитет является иммунитетом ratione materiae, проект статьи 7 будет применяться к иммунитету от юрисдикции, которым может обладать бывший глава государства, бывший глава правительства и бывший министр иностранных дел в отношении действий, совершенных в официальном качестве в течение срока пребывания в должности. Следовательно, применительно к преступлениям по международному праву, перечисленным в пункте 1 проекта статьи 7, на бывших должностных лиц иммунитет распространяться не будет.

4) В пункте 1 проекта статьи 7 перечислены преступления, при совершении которых иммунитет иностранного должностного лица от уголовной юрисдикции не будет применяться, даже если эти преступления были совершены должностным лицом в своем официальном качестве и в период пребывания в должности. Таким образом, проект статьи 7 дополняет нормативные элементы иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции ratione materiae, определенные в проектах статей 5 и 6.

5) Комиссия путем заносимого в отчет о заседании голосования решила включить этот проект статьи по следующим причинам. Во-первых, она посчитала, что практика свидетельствует о наличии тенденции к ограничению применимости юрисдикционного иммунитета ratione materiae в отношении некоторых деяний, подпадающих под состав преступлений по международному праву. Эта тенденция находит свое отражение в решениях национальных судов, которые, хотя и по-разному аргументируя свою позицию, отказывались признать юрисдикционный иммунитет ratione materiae в отношении определенных международных преступлений[738]. В некоторых очень редких

[735] Проект статьи 4, пункт 1. См. п. 2) комментария к проекту статьи 4, в предварительном порядке принятому Комиссией на ее шестьдесят пятой сессии, *Ежегодник… 2013 год*, т. II (часть вторая), с. 55.

[736] Проект статьи 4, пункт 3. См. п. 7) комментария к проекту статьи 4, там же, сс. 57–58.

[737] Проект статьи 6, пункт 3. См. пп. 9)–15) комментария к проекту статьи 6, в предварительном порядке принятому Комиссией на ее шестьдесят восьмой сессии, *Ежегодник… 2016 год*, т. II (часть вторая), сс. 261–262. См. также п. 4) комментария к проекту статьи 5, в предварительном порядке принятому Комиссией на ее шестьдесят шестой сессии, *Ежегодник… 2014 год*, т. II (часть вторая), с. 178.

[738] См. следующие дела в поддержку существования такой тенденции: *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (№ 3)*, House of Lords, United Kingdom, 24 March 1999, [1999] UKHL 17, [2000] 1 AC 147; *Re Pinochet*, Belgium, Court of First Instance of Brussels, judgment of 6 November 1998, ILR, vol. 119, p. 349; *In re Hussein*, Germany, Higher Regional Court of Cologne, judgment of 16 May 2000, 2 Zs 1330/99, para. 11 (такое заявление сделано исходя из гипотезы о том, что тогдашний президент Хусейн прекратил выполнять такие функции); *Bouterse*, Netherlands, Amsterdam Court of Appeal, judgment of 20 November 2000, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 32 (2001), pp. 266 *et seq*. (хотя Верховный суд впоследствии отменил это решение, он сделал это не в связи с иммунитетом, а по причине нарушения принципа отсутствия обратной силы и ограниченной сферы действия универсальной юрисдикции; см. judgment of 18 September 2001, ILDC 80 (NL 2001)); *Re Sharon and Yaron*, Belgium, Court of Cassation, judgment of 12 February 2003, ILR, vol. 127, p. 123 (хотя Суд признал иммунитет ratione personae в отношении Ариеля Шарона, он возбудил дело против Амоса Ярона, который, когда происходили эти события, командовал израильскими войсками, участвовавшими в массовых расправах в Сабре и Шатиле); *H. v. Public Prosecutor*, Netherlands, Supreme Court, judgment of 8 July 2008, ILDC 1071 (NL 2008), para. 7.2; *Lozano v. Italy*, Italy, Court of Cassation, judgment of 24 July 2008, ILDC 1085 (IT 2008), para. 6; *A. v. Office of the Public Prosecutor of the Confederation*, Switzerland, Federal Criminal Court, judgment of 25 July 2012, BB.2011.140; *FF v. Director of Public Prosecutions* (Prince Nasser case), High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court, judgment of 7 October 2014 [2014] EWHC 3419 (Admin.) (интерес к этому постановлению вызван тем, что оно было вынесено как «order consented» (распоряжение, издаваемое по обоюдному согласию), т. е. основанное на соглашении, достигнутом между истцами и директором публичных преследований, в котором последний признал, что акты пыток, вменяемые в вину принцу Насеру, не покрываются иммунитетом ratione materiae). В рамках гражданского производства Верховный суд Италии также подтвердил, что иммунитет ratione materiae не применяется к уголовной юрисдикции в делах, связанных с совершением должностными лицами государства международных преступлений (*Ferrini v. Federal Republic of Germany*, Court of Cassation, judgment of 11 March 2004, ILR, vol. 128, p. 674). В деле *Jones*, хотя Палата лордов признала иммунитет от гражданской юрисдикции, она вновь заявила, что иммунитет от уголовной юрисдикции не применяется в случае пыток (*Jones v. Kingdom of Saudi Arabia*, House of Lords, judgment of 14 June 2006, [2006] UKHL 26, [2007] 1 AC). Наконец, следует отметить, что Федеральный высокий суд Эфиопии, хотя и в рамках дела, возбужденного против гражданина Эфиопии, подтвердил существование нормы международного права, препятствующей применению иммунитета к бывшему

случаях эта тенденция находит свое отражение также в принятии национальных законов, исключающих международные преступления из сферы действия иммунитета ratione materiae[739]. Кроме того, существование этой тенденции подчеркивалось в доктрине и находило некоторое отражение в процессах в международных судах[740].

главе государства, обвиняемому в совершении международных преступлений (*Special Prosecutor v. Hailemariam*, Federal High Court, judgment of 9 October 1995, ILDC 555 (ET 1995)). В других случаях национальные суды рассматривали дела должностных лиц третьего государства, касавшиеся международных преступлений, без каких-либо четких высказываний относительно иммунитета. Так было, например, в деле *Barbie* во французских судах: *Fédération Nationale des Déportés et Internés Résistants et Patriotes and others v. Barbie*, France, Court of Cassation, judgments of 6 October 1983, 26 January 1984 and 20 December 1985, ILR, vol. 78, p. 125; *Fédération Nationale des Déportés et Internés Résistants et Patriotes and others v. Barbie*, Rhone Court of Assizes, judgment of 4 July 1987, ILR, vol. 78, p. 148; и Court of Cassation, judgment of 3 June 1988, ILR, vol. 100, p. 330. Со своей стороны Национальная судебная коллегия Испании преследовала в судебном порядке различных иностранных должностных лиц по обвинениям в совершении международных преступлений, не считая необходимым высказываться по вопросу об иммунитете, в делах *Pinochet*, *Scilingo*, *Cavallo*, *Guatemala*, *Rwanda* и *Tibet*. В деле *Rwanda* Национальная судебная коллегия решила, однако, не возбуждать судебного преследования против президента Кагаме в силу того, что он пользуется иммунитетом. Аналогичным образом в деле *Tibet* Национальная судебная коллегия вынесла постановление против возбуждения судебного преследования в отношении тогдашнего президента Ху Цзиньтао; однако после завершение его срока полномочий на посту президента Китая Центральный следственный суд № 2 Национальной судебной коллегии дал согласие на его судебное преследование решением от 9 октября 2013 года, заявив, что он уже не пользуется «дипломатическим иммунитетом».

[739] В поддержку этой позиции внимание обращается на Органический закон № 16/2015 от 27 октября о привилегиях и иммунитетах иностранных государств, международных организаций, базирующихся в Испании, и международных конференций и совещаний, проходящих в Испании, в котором устанавливается автономный режим иммунитета главы государства, главы правительства и министра иностранных дел, согласно которому в отношении «действий, совершаемых в рамках мандата в порядке осуществления официальных функций [соответствующим должностным лицом], из иммунитета будут исключаться преступления геноцида, насильственного исчезновения, военные преступления и преступления против человечности» (ст. 23, п. 1, in fine). Кроме того, интересным в этой связи представляется Закон № 24488 Аргентины об иммунитете иностранного государства, положения статьи 3 которого были исключены в соответствии с декретом № 849/95 о промульгации этого Закона, в результате чего суды этой страны не могут воздерживаться от рассмотрения дел, когда в отношении того или иного государства подается жалоба на нарушение норм международного права в области прав человека. В свою очередь, с более ограниченной точки зрения Закон об иностранном суверенном иммунитете Соединенных Штатов с поправками, внесенными на основании Закона о защите жертв пыток, предусматривает «исключение терроризма из юрисдикционного иммунитета иностранного государства» (ст. 1605A), которое позволяет исключить из сферы применения иммунитета деяния некоторых видов, включая пытки и внесудебные казни, если они были совершены должностными лицами государства, которое компетентные органы США ранее объявили «государством, поддерживающим терроризм». Аналогичное исключение содержится в Законе о государственном иммунитете Канады. Наконец, следует помнить о том, что некоторые ограничения или исключения из иммунитета в отношении международных преступлений содержатся в национальном законодательстве в законах, непосредственно посвященных таким преступлениям (см. Закон Бельгии о наказании за серьезные нарушения международного гуманитарного права с поправками, внесенными в 2003 году; Закон Нидерландов о международных преступлениях 2003 года; и Уголовный кодекс Республики Нигер с внесенными в него поправками в 2003 году) либо в законах об имплементации Римского статута Международного уголовного суда. Относительно имплементационных законов, содержащих изъятие из иммунитета общего характера, см.: Буркина-Фасо, Закон № 50 от 2009 года об определении сферы компетенции и процедуры применения Римского статута Международного уголовного суда судами Буркина-Фасо, ст. 7 и 15.1 (в соответствии с этим законом суды Буркина-Фасо могут осуществлять свою юрисдикцию в отношении лиц, совершивших то или иное преступление, входящее в сферу компетенции суда, даже если оно было совершено за границей, при том условии, что подозреваемый находится на территории страны. Кроме того, официальное положение не является причиной для исключения или уменьшения ответственности); Коморские Острова, Закон № 11-022 от 13 декабря 2011 года, касающийся применения Римского статута, ст. 7.2 («иммунитеты или специальные процессуальные нормы, которые могут поддерживать официальное положение того или иного лица в силу закона или международного права, не препятствуют национальным судам в осуществлении их компетенции в отношении этого лица в связи с нарушениями, предусмотренными в настоящем Законе»); Ирландия, Закон о Международном уголовном суде 2006 года, ст. 61.1 («Согласно статье 27, любой дипломатический иммунитет или иммунитет государства, ассоциируемый с тем или иным лицом в силу его связи с государством – участником Статута, не исключает возбуждения судопроизводства против этого лица»); Маврикий, Закон о Международном уголовном суде 2001 года, ст. 4; Южная Африка, Закон об осуществлении Римского статута Международного уголовного суда (№ 27 от 18 июля 2002 года), ст. 4 2) *a*) i) и 4 3) *c*) (в соответствии с этим законом южноафриканские суды обладают компетенцией преследовать в судебном порядке за преступление геноцида, преступления против человечности и военные преступления, когда предполагаемый исполнитель находится в Южной Африке, причем официальное положение, которое может занимать обвиняемый, является неприменимым). Относительно имеплементационных законов, которые устанавливают только сроки и процедуры консультаций в отношении обязанности сотрудничать с Международным уголовным судом, см.: Аргентина, Закон № 26200 об осуществлении Римского статута Международного уголовного суда, утвержденный Законом № 25390 и ратифицированный 16 января 2001 года, ст. 40 и 41; Австралия, Закон о Международном уголовном суде (№ 41 от 2002 года), ст. 12.4; Австрия, Федеральный закон о сотрудничестве с Международным уголовным судом № 135 от 13 августа 2002 года, ст. 9.1 и 9.3; Канада, Закон о выдаче 1999 года, ст. 18; Франция, Уголовно-процессуальный кодекс (в соответствии с Законом № 2002-268 от 26 февраля 2002 года), ст. 627.8; Германия, Закон о судоустройстве, ст. 20.1 и 21; Исландия, Закон о Международном уголовном суде 2003 года, ст. 20.1; Ирландия, Закон о Международном уголовном суде от 2006 года (№ 30), ст. 6.1; Кения, Закон о международных преступлениях 2008 года (№ 16 от 2008 года), ст. 27; Лихтенштейн, Закон от 20 октября 2004 года о сотрудничестве с Международным уголовным судом и другими международными судами и трибуналами, ст. 10.1 *b*) и *c*); Мальта, Закон о выдаче, ст. 26S.1; Норвегия, Закон № 65 от 15 июня 2001 года, касающийся осуществления Римского статута Международного уголовного суда от 17 июля 1998 года в норвежском законодательстве, ст. 2; Новая Зеландия, Закон о международных преступлениях и Международном уголовном суде 2000 года, ст. 31.1; Соединенное Королевство, Закон о Международном уголовном суде 2001 год, ст. 23.1; Самоа, Закон о Международном уголовном суде 2007 года (№ 26 от 2007 года), ст. 32.1 и 41; Швейцария, Закон о сотрудничестве с Международным уголовным судом, ст. 6; и Уганда, Закон о Международном уголовном суде 2006 года (№ 18 от 2006 года), ст. 25.1 *a*) и *b*). Особым является случай Дании, чей Закон о Международном уголовном суде от 16 мая 2001 года (ст. 2) наделяет исполнительную власть правом принятия решений по вопросам, касающимся иммунитета, без определения конкретной системы консультаций.

[740] Наличие тенденции к ограничению иммунитета в случае международных преступлений было подтверждено судьями Хиггинс, Коймансом и Бюргенталем в их совместном особом мнении по делу *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 3, at p. 88, para. 85. В свою очередь, Европейский суд по правам человека в деле *Jones and Others v. the United Kingdom* прямо признал, что существует, как представляется, «все более заметная поддержка специальной нормы или исключения в международном публичном праве в случаях, касающихся жалоб гражданских лиц на применение пыток» и что, следовательно, «в свете развития событий

(*продолжение сноски на следующей стр.*)

6) Во-вторых, Комиссия также приняла во внимание, что проект статей об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции государства призван действовать в сфере международно-правовой регламентации, единство и системный характер которой нельзя упускать из виду. По этой причине Комиссия в своей работе не должна игнорировать другие существующие нормы или создавать коллизии с правовыми принципами в таких важных отраслях современного международного права, как международное гуманитарное право, международное право прав человека и международное уголовное право. По этой причине к выявлению преступлений, в отношении которых иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции не применяется, следует подходить осторожно и взвешенно, принимая во внимание необходимость поддержания принципа суверенного равенства государств, равно как и принципов подотчетности, индивидуальной уголовной ответственности и борьбы с безнаказанностью за наиболее серьезные международные преступления, понимаемой в качестве одной из важнейших задач международного сообщества. Отыскание такого баланса гарантирует выполнение иммунитетом тех функций, ради которых он был создан (защита суверенного равенства и законных интересов государства), без возможности его использования в качестве процессуального механизма, полностью блокирующего возможность привлечения физических лиц определенной категории (должностных лиц государства) к уголовной ответственности за совершение наиболее тяжких преступлений по международному праву.

7) По указанным выше двум причинам Комиссия считает себя обязанной выполнить свой мандат в деле поощрения прогрессивного развития и кодификации международного права, одновременно придерживаясь как дедуктивного, так и индуктивного метода. Руководствуясь этими методологическими соображениями, Комиссия включила в проект статьи 7 перечень преступлений, в отношении которых иммунитет ratione materiae не применяется, исходя из следующих критериев: *a*) речь идет о преступлениях, в отношении которых на практике можно выявить тенденцию их рассмотрения в качестве преступлений, не покрываемых иммунитетом ratione materiae от иностранной уголовной юрисдикции; и *b*) речь идет о преступлениях по международному праву, которые были определены международным сообществом в качестве самых тяжких преступлений, вызывающих озабоченность международного сообщества, и в отношении которых в международном договорном и обычном праве существуют нормы о запрете таких преступлений, а также обязательство принимать меры для их предупреждения и наказания за них.

8) Вместе с тем некоторые члены не согласились с приведенным выше анализом. Во-первых, они высказались против принятого Комиссией по итогам голосования решения, отметив следующее: *a*) Комиссии не следует преподносить свою работу как возможность кодификации международного обычного права в ситуации, когда по указанным в сносках ниже причинам ясно, что национальная судебная практика[741],

(*продолжение сноски 740*)

в настоящее время в этой области международного публичного права этот вопрос должен находиться в поле зрения договаривающихся государств» (*Jones and Others v. the United Kingdom*, Applications Nos. 34356/06 and 40528/06, judgment of 2 June 2014, ECHR 2014, paras. 213 and 215).

[741] Как отметили эти члены, были приведены примеры только девяти дел (см. сноску 738 выше), которые якобы напрямую затрагивают вопрос об иммунитете ratione materiae долностного лица государства от иностранной уголовной юрисдикции по международному обычному праву, а на самом деле большинство из этих дел не содержат оснований для вывода, что в таком иммунитете должно быть отказано. Например, в рассматривавшемся в Соединенном Королевстве деле *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)* в иммутитете было отказано только в отношении деяний, подпадающих под действующий договор, который был расценен как отменяющий иммунитет (Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания). Немецкое дело *In re Hussein* не затрагивало преступлений, перечисленных в проекте статьи 7, и в судебном решении не утверждалось применительно к гипотезе, согласно которой тогдашний президент Хуссейн перестал пребывать в должности, что иммунитет ratione materiae от юрисдикции в таком случае не признается или не должен признаваться. Решение по делу *Bouterse* не было поддержано в Верховном суде Нидерландов, и аргументация нижестоящего суда осталась неподтвержденным obiter dictum. Бельгийское решение по делу *Re Sharon and Yaron* было спорным и побудило после этого парламент изменить бельгийское законодательство, в результате чего Кассационный суд признал, что у него отсуствует компетенция рассматривать данное дело. Тот же самый закон касался и дела *Re Pinochet* в суде первой инстанции. В деле *Lozano v. Italy* должностному лицу не было отказано в иммунитете ratione materiae, и такой иммунитет ему был предоставлен. Дело *Special Prosecutor v. Hailemariam* касалось преследования Эфиопией одного из своих собственных граждан, а не иностранного должностного лица. Другие цитируемые дела касаются ситуаций, при которых иммунитет не задействовался или отзывался; они не содержат оснований для заключения, что должностное лицо государства не пользуется иммунитетом ratione materiae от иностранной уголовной юрисдикции по международному обычному праву, если такой иммунитет задействуется. Кроме того, такие члены отметили необходимость внимательного изучения вопроса о том, насколько релевантны для этой темы *гражданские* дела в национальных судах; в той мере, в какой их можно признать релевантными, они не поддерживают исключения, предусмотренные в проекте статьи 7. Например, дело *Ferrini v. Federal Republic of Germany* (см. сноску 738 выше) было признано Международным Судом не соответствующим обязательствам Италии по международному праву. См. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 99. В деле *Jones v. Kingdom of Saudi Arabia* (см. сноску 738 выше) Палата лордов признала иммунитет должностного лица. В качестве противовеса в дополнение к вышеупомянутым делам эти члены упомянули ряд дел, в которых иммунитет ratione materiae задействовался и признавался национальными судами в уголовном процессе. См., например, Senegal, *Hissène Habré*, Court of Appeal of Dakar, judgment of 4 July 2000, and Court of Cassation, judgment of 20 March 2001, ILR, vol. 125, pp. 571–577 (предоставление иммунитета бывшему главе государства); Germany, *Jiang Zemin*, decision of the Federal Prosecutor General of 24 June 2005, 3 ARP 654/03-2 (то же самое).

внутреннее законодательство[742] и договорное право[743] не поддерживают исключения, которые предусматриваются в статье 7; *b*) соответствующая практика не демонстрирует существований темпоральной или какой-либо иной «тенденции» в пользу исключений из иммунитета ratione materiae от иностранной уголовной юрисдикции; *c*) иммунитет носит процессуальный характер и поэтому i) нельзя считать, что существование уголовной ответственности за преступления по международному праву, которые могли быть совершены должностным лицом государства, автоматически исключает иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции; ii) иммунитет на зависит от тяжести соответствующего деяния или того факта, что такое деяние запрещается императивной нормой международного права; iii) вопрос об иммунитете должен рассматриваться на ранней стадии осуществления юрисдикции до рассмотрения дела по существу[744]; *d*) отсутствие иммунитета в международном уголовном суде не имеет отношения к вопросу об иммунитете от юрисдикции национальных судов; и *e*) создание новой системы исключений из иммунитета, если только она не будет согласована на основе договора, скорее всего, нанесет ущерб межгосударственным отношениям и способно подорвать достижение цели международного сообщества в области борьбы с безнаказанностью за наиболее тяжкие международные преступления. Кроме того, по мнению таких членов, предлагая проект статьи 7, Комиссия занимается «нормотворчеством», не имеющим никакого отношения ни к кодификации, ни к прогрессивному развитию международного права. С точки зрения таких членов, проект статьи 7 являет собой «новое право», которое не может рассматриваться ни в качестве lex lata, ни в качестве желательного направления прогрессивного развития. Во-вторых, такие члены Комиссии также подчеркнули различие между процессуальным иммунитетом от иностранной юрисдикции, с одной стороны, и материально-правовой уголовной отвественностью, с другой стороны, и считали, что признание исключений из иммунитета не только не оправдывается необходимостью, но и не обязательно является надлежащим средством достижения искомого баланса. Вместо этого, по мнению таких членов, безнаказанности можно избежать, если должностное лицо будет преследоваться в своем собственном государстве; преследоваться в международном суде; или преследоваться в иностранном суде после того, как с него будет снят иммунитет. Установление исключений из иммунитета, которые не были признаны государствами на договорной основе или на основе широко распространенной практики, способно привести к резкому обострению напряженности и даже к открытым конфликтам между государствами, если одно государство начнет осуществлять уголовную юрисдикцию над должностными лицами другого государства исключительно по подозрению в осуществлении зверского преступления.

9) Следует иметь в виду, что эти члены считали также, что невозможно принять какое-либо решение об ограничениях и исключениях из иммунитета до рассмотрения Комиссией вопроса о процессуальных гарантиях. Однако эта точка зрения не была поддержана большинством членов Комиссии, которые, признавая важность четкого определения процессуальных гарантий для недопущения злоупотреблений при осуществлении иностранной уголовной юрисдикции в отношении должностных лиц государства, исходили из того, что вопрос о преступлениях, к которым иммунитет ratione materiae от юрисдикции не применяется, может быть предметом самостоятельного рассмотрения на нынешнем этапе работы Комиссии. Вместе с тем, чтобы отразить то огромное значение, которое Комиссия придает процессуальным вопросам при рассмотрении данной темы, было принято решение включить в нынешний текст проекта

[742] Эти члены отметили, что вопрос об иммунитете ratione materiae должностного лица государства от иностранной уголовной юрисдикции по международному обычному праву затрагивается в очень небольшом числе национальных законов. Как признала Специальный докладчик в своем пятом докладе об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции (A/CN.4/701), пункт 42: «Юрисдикционный иммунитет государства и его должностных лиц не регулируется напрямую в большинстве государств. Напротив, реакция на иммунитет оставлена на усмотрение судов». Ни один из тех немногочисленных национальных законов, которые якобы затрагивают такой иммунитет (Буркина-Фасо, Ирландия, Испания, Коморские Острова, Маврикий, Нигер, Южная Африка) не поддерживает проект статьи 7 в его современной формулировке. Так, пункт 1 статьи 23 Органического закона Испании № 16/2015 от 27 октября касается только иммунитета ratione materiae бывших глав государств, глав правительств и министров иностранных дел. Такие законы, как Закон Бельгии о пресечении серьезных нарушений международного гуманитарного права с поправками, внесенными в 2003 году, или Закон Нидерландов о международных преступлениях 2003 года содержат только положение об отказе в иммунитете, как это признается согласно международному праву, без дальнейшей детализации. Кроме того, эти члены отметили, что национальные законы, имплементирующие обязательство выдавать должностных лиц государства Международному уголовному суду, вытекающее из Римского статута или решения Совета Безопасности, не имеют отношения к вопросу об иммунитете должностных лиц государства по международному обычному праву от иностранной уголовной юрисдикции. Не относятся к этому вопросу и национальные законы об иммунитете государств, например Закон № 24488 Аргентины, Закон об иммунитете иностранных суверенов Соединенных Штатов и Закон об иммунитете государств Канады (также было отмечено, что Закон об иммунитете иностранных суверенов не был изменен на основании Закона о защите жертв пыток, который не имеет никакого отношения к терроризму).

[743] Эти члены отметили, что ни один из глобальных договоров, касающихся конкретных видов преступлений (например, геноцида, военных преступлений, апартеида, пыток, насильственных исчезновений) не содержит положений, исключающих иммунитет ratione materiae должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, как и не содержит их ни один из глобальных договоров, касающихся конкретных типов государственных должностных лиц (например, дипломатов, консульских работников, сотрудников в специальных миссиях).

[744] См., например, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)* (сноска 741 выше), p. 137, para. 84 («международное обычное право не признает, что право государства на иммунитет зависит от тяжести деяния, в котором оно обвиняется, или от императивности нормы, которую оно предположительно нарушило»); *Arrest Warrant of 1 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)* (сноска 740 выше), p. 25, para. 60 («Иммунитет от уголовной юрисдикции и индивидуальная уголовная ответственность являются двумя совершенно разными концепциями. Если юрисдикционный иммунитет носит процессуальный характер, то уголовная ответственность соотносится с материальным правом»).

статей сноску следующего содержания: «Комиссия рассмотрит процессуальные положения и гарантии, применимые к настоящим проектам статей, на своей семидесятой сессии». Такая сноска была включена в заголовки второй части (Иммунитет ratione personae) и третьей части (Иммунитет ratione materiae) проекта статей, поскольку процессуальные положения и гарантии могут относиться к обеим категориям иммунитета и должны стать предметом дальнейшего рассмотрения в контексте всего проекта статей в целом.

Пункт 1

10) В подпунктах *a*)–*f*) пункта 1 проекта статьи 7 перечисляются преступления по международному праву, которые, в случае их предположительного совершения, делают невозможным применение иммунитета иностранного должностного лица от уголовной юрисдикции, даже если эти преступления были совершены должностным лицом в своем официальном качестве и в период пребывания в должности. Речь идет о следующих преступлениях: преступление апартеида, преступления против человечности, военные преступления, пытка и насильственные исчезновения.

11) Во вводной части проекта статьи используется глагол «не применяется», чтобы принять во внимание существование на практике и в доктрине двух разных толкований возможности или невозможности квалификации таких преступлений как «деяний, совершенных в официальном качестве». Так, согласно одной точке зрения, совершение таких преступлений никогда не может быть функцией государства и по этой причине они не могут считаться «деяниями, совершенными в официальном качестве». И наоборот, согласно другой точке зрения, преступления по международному праву либо требуют наличия государственной составляющей (пытка, насильственные исчезновения), либо совершаются при прямой или косвенной поддержке со стороны государственного аппарата, в силу чего возникает связь с государством, и поэтому в некоторых случаях они могут считаться «деяниями, совершенными в официальном качестве»[745]. Хотя Комиссия не посчитала необходимым высказываться в пользу любого из этих двух толкований, она приняла во внимание тот факт, что некоторые национальные суды отказывались признать иммунитет ratione materiae при осуществлении своей уголовной юрисдикции в отношении этих преступлений по международному праву либо по той причине, что они не рассматривали их в качестве деяний, совершенных в официальном качестве или при осуществлении имманентной государственной функции[746], либо в силу того, что, хотя преступления по международному праву и являются деяниями, совершенными в официальном качестве, они (из-за своей тяжести или из-за нарушения императивных норм права) не могут быть основанием для признания иммунитета от уголовной юрисдикции для тех, кто их совершил[747].

12) Таким образом, поскольку на практике одно и то же преступление по международному праву истолковывалось в одних случаях как ограничение (т. е. как отсутствие иммунитета), а в других случаях как исключение (т. е. как изъятие из существующего иммунитета), Комиссия предпочла рассмотреть эту тему с точки зрения последствий обоих этих подходов, а именно неприменимости в отношении этих преступлений иммунитета ratione materiae от иностранной уголовной юрисдикции, которым в противном случае могло бы воспользоваться должностное лицо государства. Комиссия выбрала эту формулировку по соображениям ясности и определенности, чтобы можно было представить четкий перечень преступлений, которые в случае их совершения должностным лицом государства не позволяют таким лицам воспользоваться иммунитетом от иностранной уголовной юрисдикции.

13) Для этого она использовала выражение «иммунитет… не применяется», использовав mutatis mutandis метод, которому в свое время последовала Комиссия в отношении юрисдикционных иммунитетов государств, где в аналогичном контексте используется выражение «разбирательства, при которых нельзя ссылаться на государственный иммунитет»[748].

---

[745] См., например, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)* (см. сноску 741 выше), p. 125, para. 60 (где обсуждаются acta jure imperii в контексте иммунитета государства).

[746] См., например, следующие дела: *Re Pinochet*, Belgium, Court of First Instance of Brussels, judgment of 6 November 1998 (см. сноску 738 выше), p. 349; *In re Hussein*, Germany, Higher Regional Court of Cologne, judgment of 16 May 2000 (см. сноску 763 выше), para. 11 (делает такое заявление исходя из гипотезы о том, что тогдашний президент Хусейн прекратил выполнять такие функции). Аналогичная аргументация была также использована в некоторых делах, касавшихся иммунитета от гражданской юрисдикции. В этой связи см., например, дело *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, Court of First Instance of Livadeia (Greece), judgment of 30 October 1997.

[747] Также см., например, дело *Eichmann*, Israel, Supreme Court, judgment of 29 May 1962, ILR, vol. 36, pp. 309–310. В деле *Ferrini* итальянские суды исходили как из тяжести совершенных преступлений, так и из того, что рассматриваемые действия противоречат нормам jus cogens (*Ferrini v. Federal Republic of Germany*, Court of Cassation, judgment of 11 March 2004 (см. сноску 738 выше), p. 674). В деле *Lozano* итальянский Кассационный суд обосновал отказ от предоставления иммунитета нарушением основных прав, которые имеют статус норм jus cogens и поэтому должны превалировать над нормами, регулирующими иммунитет (*Lozano v. Italy*, Italy, Court of Cassation, judgment of 24 July 2008 (см. сноску 738 выше), para. 6). В деле *A. v. Office of the Public Prosecutor of the Confederation* Федеральный уголовный суд Швейцарии обосновал свое решение существованием запрета на совершение международных преступлений по обычному праву, который швейцарские законодатели считают нормой jus cogens; помимо этого, он отметил непоследовательность между запрещением таких деяний и, в то же время, дальнейшим признанием иммунитета ratione materiae, которое препятствовало бы возбуждению расследования (*A. v. Office of the Public Prosecutor of the Confederation*, Switzerland, Federal Criminal Court, judgment of 25 July 2012 (см. сноску 738 выше)).

[748] Проекты статей о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, принятые Комиссией на ее сорок третьей сессии, *Ежегодник… 1991 год*, т. II (часть вторая), с. 37. Комиссия использовала вышеупомянутую формулировку в качестве заголовка части III проектов статей и повторила ее в статьях 10–17, включенных в эту часть. Разъяснения по поводу причин, которые побудили Комиссию использовать это выражение, см., в частности, в п. 1) общего комментария к части III (с. 37) и пп. 1)–5) комментария к статье 10 (с. 38). В Конвенции Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности 2004 года в заголовке части III и в статьях 10–17 также использовано выражение «Разбирательства, при которых нельзя ссылаться на государственный иммунитет».

Однако в проекте статьи 7 Комиссия решила не использовать выражение «нельзя ссылаться» во избежание его процессуальной коннотации и предпочла нейтральную формулировку «не применяется».

14) Выражение «от осуществления иностранной уголовной юрисдикции» включено во вводную часть, с тем чтобы последовательно придерживаться терминологии, которая уже использовалась ранее в проектах статей 3 и 5, принятых Комиссией в предварительном порядке.

15) Под «преступлениями по международному праву» понимается поведение, которое преступно по международному праву вне зависимости от того, криминализовано такое поведение согласно национальному праву или нет. Преступления, перечисленные в проекте статьи 7, – это преступления, вызывающие наибольшую озабоченность международного сообщества в целом; существует широкий международный консенсус по поводу их определения, а также существования обязательства по их предупреждению и пресечению. Эти преступления являются предметом международных договоров с универсальным охватом, а также запрещаются на основании международного обычного права.

16) Выражение «crimes under international law» («преступления по международному праву», «международно-правовые преступления») было использовано Комиссией в прошлом при изложении Принципов международного права, признанных Уставом Нюрнбергского трибунала и нашедших выражение в решении этого Трибунала[749], и в проекте кодекса преступлений против мира и безопасности человечества 1954 года[750]. В этой связи Комиссия придерживается той точки зрения, что употребление выражения «преступления по международному праву» означает, что «международное право служит основой для уголовной квалификации» таких преступлений и что «запрещение таких видов поведения и их наказуемость прямо следуют из международного права»[751]. Из этого вытекают «самостоятельность международного права в вопросах уголовной квалификации»[752] данных преступлений и тот факт, что «квалификация или отсутствие квалификации какого-либо поведения в качестве уголовно наказуемого по национальному праву никак не влияет на квалификацию этого поведения в качестве уголовно наказуемого по международному праву»[753]. Таким образом, использование выражения «преступления по международному праву» непосредственно увязывает перечень преступлений, содержащийся в пункте 1 проекта статьи 7, с международным правом и обеспечивает понимание их определений в соответствии с международными нормами без необходимости в квалификации, которая могла бы быть установлена по внутреннему праву, для определения случаев, при которых иммунитет не применяется.

17) В категорию преступлений по международному праву входят *a*) преступление геноцида, *b*) преступления против человечности и *c*) военные преступления. Комиссия включила эти преступления в число преступлений, в отношении которых иммунитет не применяется, по двум основным причинам. Во-первых, речь идет о преступлениях, которые вызывают особую обеспокоенность международного сообщества, выразившуюся в принятии международных договоров, которые занимают центральное место в международном уголовном праве, международном праве прав человека и международном гуманитарном праве, и в связи с которыми международными трибуналами подчеркивалась не только их тяжесть, но и тот факт, что их запрет имеет обычно-правовую природу и что их совершение может представлять собой нарушение императивных норм общего международного права (jus cogens). Во-вторых, было принято во внимание, что такие преступления прямо или косвенно фигурируют в судебной практике государств в связи с делами, в которых поднимается вопрос об иммунитете ratione materiae. Наконец, следует отметить, что эти три преступления перечисляются в статье 5 Римского статута, где они квалифицируются как «самые серьезные преступления, вызывающие озабоченность всего международного сообщества»[754]. Однако некоторые члены отметили, что для включения этих преступлений в проект статьи 7 нет достаточных оснований в практике, решениях национальных или международных судебных органов или в национальном законодательстве.

18) Комиссия постановила не включать на данном этапе преступление агрессии, несмотря на то, что оно также упоминается в статье 5 Римского статута и было криминализовано в силу поправок, принятых на Конференции по обзору Римского статута, состоявшейся в Кампале в 2010 году[755]. Комиссия приняла

[749] См. принцип I Принципов международного права, признанных Уставом Нюрнбергского трибунала и нашедших выражение в решении этого Трибунала: «Всякое лицо, совершившее какое-либо действие, признаваемое согласно международному праву преступлением, несет за него ответственность и подлежит наказанию» (*Ежегодник… 1950 год*, т. II, документ A/1316, с. 374 англ. текста).

[750] См. статью 1 проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, принятого в 1954 году: «Преступления против мира и безопасности человечества, определяемые в настоящем кодексе, являются международно-правовыми преступлениями, ответственные за которые индивидуумы наказываются» (*Ежегодник… 1954 год*, т. II, документ A/2693, п. 54, с. 151 англ. текста). В свою очередь, в пункте 2 статьи 1 проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, принятого Комиссий в 1996 году, предусматривается, что «преступления против мира и безопасности человечества являются преступлениями по международному праву и наказуются как таковые, вне зависимости от того, наказуемы ли они по внутригосударственному праву» (*Ежегодник… 1996 год*, т. II (часть вторая), с. 19).

[751] См. п. 6) комментария к статье 1 проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества 1996 года (*Ежегодник… 1996 год*, т. II (часть вторая), с. 20).

[752] Там же, п. 9).

[753] Там же, п. 10). При этом необходимо иметь в виду, что в своем комментарии к принципу I Нюрнбергских принципов Комиссия заявила, что «общее правило, положенное в основу принципа I, заключается в том, что международное право может, совершенно независимо от права внутреннего, налагать известные обязательства на физических лиц» (*Ежегодник… 1950 год*, т. II, документ A/1316, с. 374 англ. текста).

[754] Римский статут, ст. 5, п. 1, и преамбула, четвертый пункт.

[755] См. определение агрессии, включенное в статью 8 bis, *Официальные документы Конференции по обзору Римского статута Международного уголовного суда, Кампала, 31 мая – 11 июня 2010 года*, издание Международного уголовного суда, RC/9/11, резолюция 6 «Преступление агрессии» (RC/Res.6).

это решение с учетом характера преступления агрессии, в отношении которого от национальных судов потребовалось бы первоначально устанавливать существование акта агрессии со стороны иностранного государства, а также особого политического измерения таких преступлений[756] как «преступления руководителей»; а также того факта, что Ассамблея государств – участников Международного уголовного суда пока не приняла никакого решения по задействованию юрисдикции Суда в отношении этого преступления. Некоторые члены тем не менее выразили мнение о том, что преступление агрессии следовало бы включить в пункт 1 проекта статьи 7, поскольку оно является самым тяжким из преступлений по международному праву, было ранее включено самой же Комиссией в проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества 1996 года[757] и входит в перечень, содержащийся в Римском статуте. Кроме того, немало государств включило преступление агрессии в свое внутреннее уголовное законодательство[758]. Эти члены выразили свое несогласие с решением большинства членов Комиссии и зарезервировали свою позицию по данному вопросу.

19) С другой стороны, Комиссия сочла необходимым включить в пункт 1 проекта статьи 7 преступления *d*) апартеида, *e*) пытки и *f*) насильственного исчезновения в качестве самостоятельных категорий преступлений по международному праву, в отношении которых иммунитет не применяется. Хотя эти преступления включены в статью 7 Римского статута в качестве преступлений против человечности[759], Комиссия посчитала их самостоятельными преступлениями в силу следующих элементов. Во-первых, преступления апартеида, пытки и насильственного исчезновения являются объектом международных договоров, устанавливающих для их предотвращения, пресечения и наказания собственный правовой режим[760], который налагает на государства конкретные обязательства по принятию определенных мер по линии своего внутреннего законодательства, в том числе обязательство криминализовать такие преступления в национальном законодательстве и принять необходимые меры для наделения своих судебных органов компетенцией осуществлять преследование за такие преступления[761]. К этому необходимо добавить, что такие договоры создают системы международного сотрудничества и оказания правовой помощи, которые действуют на горизонтальной основе между государствами[762]. Во-вторых, Комиссия также приняла во внимание тот факт, что в Римском статуте в отношении преступлений апартеида, пытки и насильственного исчезновения применяется конкретное пороговое требование, заключающееся в том, что такие преступления должны быть совершены «в рамках широкомасштабного или систематического нападения на любых гражданских лиц» и со знанием

[756] В этой связи следует помнить о том, что в комментариях к проекту кодекса преступлений против мира и безопасности человечества 1996 года Комиссия заявила следующее: «Признание факта агрессии со стороны государства является условием sine qua non возникновения ответственности отдельного лица в связи с его участием в преступлении агрессии. Индивид не может нести ответственность за это преступление при отсутствии агрессии, совершенной государством. Таким образом, суд не может выносить решений по вопросу о личной уголовной ответственности за это преступление без рассмотрения в качестве предварительного вопроса существования агрессии со стороны государства. Вынесение национальным судом одного государства решений по вопросу о том, имела ли место в данном случае агрессия со стороны другого государства, противоречило бы основополагающему принципу международного права par in parem imperium non habet. Кроме того, осуществление национальным судом государства юрисдикции, сопряженной с рассмотрением вопроса о совершении агрессии другим государством, имело бы серьезные последствия для международных отношений и международного мира и безопасности» (*Ежегодник… 1996 год*, т. II (часть вторая), с. 37, п. 14) комментария к статье 8).

[757] Там же, с. 53, ст. 16.

[758] Ниже приводятся примеры национальных законов, включающих преступление агрессии: Австрия, Уголовный кодекс, ст. 321k, № 60/1974 от 23 января 1974 года, с поправками на основании BGBl. I № 112/2015 от 13 августа 2015 года; Азербайджан, Уголовный кодекс 2000 года, ст. 100–101; Бангладеш, Закон о международных преступлениях (трибуналах), ст. 3, Закон о международных преступлениях (трибуналах) № XIX 1973 года, с поправками на основании Закона о международных преступлениях (трибуналах) (Поправка) № LV 2009 года и Закона № XXI 2012 года; Беларусь, Уголовный кодекс, статьи 122–123, Закон № 275-З от 9 июля 1999 года, с поправками от 28 апреля 2015 года; Болгария, Уголовный кодекс, ст. 408−409, *Официальный вестник*, № 26 за 2 апреля 1968 года, с поправками на основании *Официального вестника*, № 32 за 27 апреля 2010 года; Хорватия, Уголовный кодекс, ст. 89 и 157, *Официальный вестник Республики Хорватия «Народне новин»*, № 125/11; Куба, Уголовный кодекс, ст. 114–115, Уголовный кодекс № 62 от 29 декабря 1987 года, с поправками на основании Закона № 87 от 16 февраля 1999 года; Эквадор, Уголовный кодекс, ст. 88; Эстония, Уголовный кодекс, §§ 91–92; Финляндия, Уголовный кодекс Финляндии, Закон № 39/1889 с поправками на основании Закона № 1718/2015, §§ 4 *a*), 4 *b*), 14 *a*); Германия, Уголовный кодекс от 13 ноября 1998 года (BGBl); Люксембург, Уголовный кодекс, ст. 136; Македония, Уголовный кодекс, ст. 415; Мальта, Уголовный кодекс § 82(C), Уголовный кодекс Республики Мальта, 1854 года, с поправками 2004 года; Республика Молдова, Уголовный кодекс Республики Молдова, ст. 139–140, принят на основании Закона № 985-XV от 18 апреля 2002 года (с поправками 2009 года); Монголия, Уголовный кодекс Монголии (2002 год), ст. 297; Черногория, Уголовный кодекс, ст. 442, *Официальный вестник Республики Черногория*, № 70/2003, поправка, № 13/2004; Парагвай, Уголовный кодекс Республики Парагвай, ст. 271, Закон № 1.160/97; Польша, Уголовный кодекс, ст. 17, Закон от 6 июня 1997 года; Россия, Уголовный кодекс, Уголовный кодекс Российской Федерации, ст. 353–354, Федеральный закон № 64-ФЗ от 13 июня 1996 года (с поправками); Самоа, Закон о Международном уголовном суде 2007 года, с поправками на основании Закона 2014 года, § 7A, № 23; Словения, Уголовный кодекс 2005 года, ст. 103 и 105; Таджикистан, Уголовный кодекс Республики Таджикистан, ст. 395–396; Тимор-Лешти Уголовный кодекс Демократической Республики Тимор-Лешти, Закон-декрет № 19/2009, ст. 134. Обсуждение см. B A. Reisinger Coracini, “National legislation on individual criminal responsibility for conduct amounting to aggression”, в R. Bellelli (ed.), *International Criminal Justice: Law and Practice from the Rome Statute to Its Review*, London and New York, Routledge, 2016.

[759] Римский статут, ст. 7, п. 1, подп. *j*), *f*) и *i*) соответственно.

[760] См. Международную конвенцию о пресечении преступления апартеида и наказании за него, Конвенцию против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания и Международную конвенцию для защиты всех лиц от насильственных исчезновений.

[761] Международная конвенция о пресечении преступления апартеида и наказании за него, ст. IV; Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, ст. 4−6; и Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений, ст. 4, 6 и 9.

[762] Международная конвенция о пресечении преступления апартеида и наказании за него, ст. XI; Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, ст. 6–9; Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений, ст. 10–11 и 13–14.

о таком нападении[763], которое, однако, отсутствует в международных договорах, конкретно касающихся этих преступлений. В-третьих, Комиссия приняла во внимание тот факт, что в конвенциях против пыток и насильственных исчезновений прямо предусматривается, что такие действия могут быть совершены только государственными должностными лицами или при их подстрекательстве либо поддержке или попустительстве[764]. Кроме того, Комиссия приняла во внимание, что во многих случаях при разбирательстве в национальных судах дел об этих преступлениях с точки зрения иммунитета это делалось посредством их рассмотрения в качестве самостоятельных преступлений. Хорошим примером этого служит рассмотрение вопроса о пытках[765]. Однако некоторые члены отметили, что для включения этих преступлений в проект статьи 7 нет достаточных оснований в практике, решениях национальных или международных судебных органов или в национальном законодательстве.

20) Хотя некоторые члены Комиссии предлагали включить в этот перечень и другие преступления, например рабство, терроризм, торговлю людьми, детскую проституцию и детскую порнографию и пиратство, которые также являются предметом международных договоров, которые предусматривают специальные правовые режимы для каждого преступления для целей предотвращения, пресечения и наказания, Комиссия приняла решение не делать этого. При этом она приняла во внимание тот факт, что вышеупомянутые преступления либо уже считаются включенными в преступления против человечности, либо не в полной мере соответствуют категории преступлений по международному праву stricto sensu, и в большинстве случаев их было бы правильнее квалифицировать как транснациональные преступления. Кроме того, она приняла во внимание тот факт, что такие преступления обычно совершаются негосударственными акторами и, как правило, не находят отражения в национальной судебной практике, касающейся иммунитета от юрисдикции. В любом случае отказ включить другие международные преступления в проект статьи 7 не может пониматься как принижение тяжести этих преступлений со стороны Комиссии.

21) Наконец, следует отметить, что Комиссия не включила в пункт 1 проекта статьи 7 ни преступления коррупции, ни преступления, затрагиваемые так называемым «территориальным деликтным исключением», которые были предложены Специальным докладчиком[766]. Однако это не означает, что, по мнению Комиссии, иммунитет ratione materiae от иностранной уголовной юрисдикции применяется в отношении этих двух категорий преступлений.

22) В отношении коррупции (понимаемой как «крупная коррупция») ряд членов Комиссии отметили, что преступления коррупции являются особо тяжкими, поскольку они напрямую затрагивают интересы государства и его стабильность, благополучие населения и даже международные отношения. Поэтому данные члены поддержали предложение о включении такого изъятия из иммунитета ratione materiae. Напротив, другие члены Комиссии, считали, что, хотя степень опасности коррупции не может быть поставлена под сомнение, ее включение в проект статьи 7 порождает проблемы, связанные в основном с расплывчатостью термина «коррупция» и многообразием действий, которые могут быть включены в эту категорию, а также с тем, что, по их мнению, договорная практика и судебная практика не обеспечивают достаточных оснований для включения таких преступлений в число ограничений и исключений из иммунитета. Другие члены усомнились в том, что коррупция удовлетворяет критерию тяжести, которому соответствуют другие преступления, перечисленные в проекте статьи 7. И наконец, несколько членов Комиссии отметили, что коррупция ни в коем случае не может рассматриваться в качестве деяния, совершаемого в официальном качестве, и по этой причине ее не следует включать в число преступлений, к которым иммунитет не применяется.

23) Принимая во внимание в основном этот последний довод, Комиссия решила не включать в проект статьи 7 преступления коррупции на том основании, что вышеупомянутые преступления не являются «деяниями, совершенными в официальном качестве» и речь идет о действиях должностного лица государства с единственной целью извлечения личной выгоды[767]. Хотя ряд членов Комиссии указали, что участие государственных должностных лиц в совершении таких деяний нельзя игнорировать, поскольку именно их статус как должностных лиц способствует совершению преступления коррупции, некоторые члены Комиссии выразили мнение, что совершение преступления коррупции должностным лицом не меняет характера этого деяния, которое остается актом, совершенным в собственных интересах, даже если для этого используются структуры государства и может существовать некая видимость официальности. Таким образом, поскольку преступление коррупции не соответствует нормативным элементам

[763] Римский статут, ст. 7, п. 1. Определение этого порога содержится в статье 7, пункт 2, подпункт *a*).

[764] Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, ст. 1, п. 1; и Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений, ст. 2.

[765] Это имеет место, например, в случае Соединенного Королевства, где все дела, связанные с юрисдикционным иммунитетом ratione materiae, в которых поднимался вопрос о неприменимости такого иммунитета к актам пытки, рассматривались на основе Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания. См. *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, House of Lords, United Kingdom, 24 March 1999 (сноска 738 выше); и *FF v. Director of Public Prosecutions* (Prince Nasser case), High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court, judgment of 7 October 2014 (сноска 738 выше). Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания также была положена в основу рассмотрения дел, связанных с иммунитетом от гражданской юрисдикции: *Jones v. Kingdom of Saudi Arabia*, House of Lords, judgment of 14 June 2006 (сноска 738 выше).

[766] См. пятый доклад Специального докладчика об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции (A/CN.4/701), пп. 225–234.

[767] В этом же смысле см. пп. 3) и 5) комментария к подпункту *f*) проекта статьи 2, посвященному определению «деяния, совершенного в официальном качестве», *Ежегодник… 2016 год*, т. II (часть вторая), сс. 255–256.

пункта 1 проекта статьи 6, некоторые члены Комиссии считали, что юрисдикционного иммунитета ratione materiae в отношении этого преступления не существует и поэтому нет необходимости включать его в перечень преступлений, в отношении которых иммунитет не применяется[768].

24) Комиссия также рассмотрела вопрос о других преступлениях, совершаемых иностранным должностным лицом на территории государства суда, когда данное государство не давало согласие ни на его присутствие на этой территории, ни на его действия, приведшие к совершению преступления (территориальное исключение). Этот сценарий сильно отличается от сценария преступлений по международному праву, которые были включены в пункт 1 проекта статьи 7, равно как и от преступления коррупции. Хотя было выражено мнение, что в этих обстоятельствах иммунитет может существовать и предусматривать в проекте статьи 7 исключение из такого иммунитета не следует ввиду отсутствия достаточной практики, Комиссия пришла к выводу, что основания для решения не включать его в проект статьи должны быть иными. Так, Комиссия полагает, что некоторые преступления[769], включая убийство, шпионаж, саботаж или похищение людей, совершенные на территории какого-либо государства в вышеописанных обстоятельствах, покрываются принципом территориального суверенитета и в этом случае юрисдикционный иммунитет ratione materiae отсутствует, и, следовательно, нет необходимости включать их в перечень преступлений, в отношении которых такой иммунитет не применяется. Это не затрагивает иммунитета от уголовной юрисдикции, существующего на основании специальных норм международного права, как это следует из пункта 2 проекта статьи 1.

Пункт 2 и приложение

25) Пункт 2 проекта статьи 7 служит связующим звеном между пунктом 1 той же статьи и приложением к проекту статей, озаглавленному «Перечень договоров, упомянутых в пункте 2 проекта статьи 7». Хотя понятие «преступлений по международному праву» и понятия «преступление геноцида», «преступления против человечности», «военные преступления», «преступление апартеида», «пытка» и «насильственно исчезновение» относятся к вполне устоявшимся категориям современного международного права, Комиссия исходит из того, что сам факт упоминания в статье 7 «преступлений» требует соблюдения характерного для уголовного права принципа правовой определенности и указания инструментов, позволяющих избежать субъективности при определении того, что понимается под каждым из вышеуказанных преступлений.

26) Вместе с тем Комиссия не сочла необходимым определять, что понимается под преступлением геноцида, преступлениями против человечности, военными преступлениями, преступлением апартеида, пыткой и насильственным исчезновением, поскольку это не входит в ее мандат в рамках настоящего проекта статей. Вместо этого Комиссия решила просто выявить договорные инструменты, которые содержат определения вышеупомянутых категорий преступлений, с целью их включения в перечень, позволяющий правоприменительным органам применять проект статьи 7 с высокой степенью правовой определенности. Итогом этой работы стал перечень, содержащийся в приложении к проекту статей.

27) Как указано в пункте 2 проекта статьи 7, увязка каждого преступления с соответствующими договорами, перечисленными в приложении, производится исключительно для целей проекта статьи 7 об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции в интересах выявления определений преступлений, перечисленных в пункте 1 этой статьи, никак не затрагивая при этом и не обусловливая участие или неучастие государств в этих договорах.

28) С другой стороны, следует иметь в виду, что включение в этот перечень тех или иных договоров не влияет ни на признанную международным правом обычно-правовую природу этих преступлений, ни на конкретные обязательства, которые могут вытекать из этих договоров для государств-участников. Аналогичным образом включение в перечень только некоторых договоров, определяющих соответствующие преступления, также не оказывает никакого воздействия на другие определяющие и регулирующие те же преступления договоры, определения и правовые режимы которых остаются действительными для государств-участников в целях применения этих договоров. В заключение следует отметить, что ссылка на конкретный договор в целях определения каждого из преступлений, указанных в пункте 1 проекта статьи 7, диктуется соображениями целесообразности и удобства и делается исключительно для целей проекта статьи 7, никоим образом не затрагивая других обычных или договорных норм международного права, касающихся этих преступлений и содержащих правовые режимы общего действия по каждому из них.

29) Подбор договоров, статьи которых включены в приложение для определения преступлений по международному праву, проводился исходя из трех основных критериев: *a*) стремление избежать возможной путаницы, когда в нескольких договорах используются разные формулировки для определения одного и того же преступления; *b*) универсальность включаемого в перечень договора; и *c*) наличие в договоре наиболее актуального из договорных определений соответствующего преступления.

30) Геноцид был впервые определен в Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него[770], и такая его квалификация остается неизменной в современном международном уголовном праве, будучи подтверждена в Уставе Международного

[768] Там же, п. 13), с. 258–259.

[769] Относительно исключения в контексте иммунитета государств см. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening)* (сноска 741 выше).

[770] Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него, ст. II.

трибунала по бывшей Югославии (статья 4)[771], Уставе Международного уголовного трибунала по Руанде (ст. 2)[772] и особенно Римском статуте, в статье 6 которого закреплено определение, содержащееся в Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него. В свою очередь Комиссия дала определение геноцида в статье 17 проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества 1996 года[773]. Для целей настоящего проекта статей Комиссия включила в приложение как Римский статут (ст. 6), так и Конвенцию о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (ст. II), учитывая практически полную идентичность терминов, используемых в обоих договорах, и их одинаковый смысл.

31) В отношении преступлений против человечности, необходимо помнить, что некоторые международные договоры квалифицировали определенные виды поведения как «преступления против человечности»[774] и что международные суды относили эту категорию преступлений к преступлениям по обычному праву. Определение этого преступления также содержалось в Уставе Международного трибунала по бывшей Югославии (ст. 5) и Уставе Международного уголовного трибунала по Руанде (ст. 3). Сама же Комиссия дала определение этой категории преступлений в проекте кодекса преступлений против мира и безопасности человечества 1996 года (ст. 18)[775]. Однако договором, в котором эта категория преступлений была впервые определена на всеобъемлющей и независимой основе, безусловно, является Римский статут. В связи с этим Комиссия считает, что для целей настоящего проекта статьи за определение преступлений против человечности следует принять статью 7 Римского статута. Это согласуется с предыдущим решением Комиссии при разработке проекта статей о преступлениях против человечности воспроизвести в статье 3 определение этой категории преступлений, содержащееся в статье 7 Римского статута[776].

32) Понятие военных преступлений имеет давнюю историю, изначально связанную с договорами по международному гуманитарному праву. Так, Женевские конвенции о защите жертв войны (Женевские конвенции 1949 года) и Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I), дают определение данной категории преступлений, квалифицируя их как «серьезные нарушения»[777]. Военные преступления были определены в Уставе Международного трибунала по бывшей Югославии (ст. 2 и 3) и Уставе Международного уголовного трибунала по Руанде (ст. 4), а также самой Комиссией в проекте кодекса преступлений против мира и безопасности человечества 1996 года (ст. 20)[778]. Самое последнее определение военных преступлений содержится в пункте 2 статьи 8 Римского статута, где оно составлено с учетом предыдущего опыта и всеобъемлющим образом охватывает военные преступления, совершенные в ходе как международных, так и внутренних вооруженных конфликтов, а также преступления в рамках как договорного, так и обычного права. Для целей настоящего проекта статьи Комиссия решила остановиться на определении, содержащемся в пункте 2 статьи 8 Римского статута, как наиболее актуальном варианте определения преступлений этой категории. Такое решение, однако, ни в коем случае не умаляет выдающейся роли Женевских конвенций 1949 года и Протокола I в определении понятия военных преступлений.

33) Наиболее раннее определение преступления апартеида содержится в Международной конвенции о пресечении преступления апартеида и наказании за него от 30 ноября 1973 года, которая, хотя и квалифицирует его как преступление против человечности и преступление по международному праву (ст. I), дает преступлению апартеида детальное и независимое определение (ст. II). По этой причине для целей настоящего проекта статьи Комиссия решила остановиться на определении, содержащемся в Конвенции 1973 года.

34) Пытка определяется в качестве нарушения прав человека во всех соответствующих международных документах. Впервые как запрещенное деяние, влекущее за собой уголовное преследование, она была квалифицирована в Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания от 10 декабря 1984 года, где определение пытки в качестве независимого преступления приводится в пункте 1 статьи 1. Кроме того, важным элементом этого определения является то, что для квалификации деяния в качестве пытки необходимо, чтобы оно совершалось государственными должностными лицами или по

[771] Устав Международного трибунала для судебного преследования лиц, ответственных за серьезные нарушения международного гуманитарного права, совершенные на территории бывшей Югославии с 1991 года, утвержденный Советом Безопасности в его резолюции 827 (1993) от 25 мая 1993 года и содержащийся в докладе Генерального секретаря в соответствии с пунктом 2 резолюции 808 (1993) Совета Безопасности (S/25704 и Corr.1 и Add.1), приложение

[772] Устав Международного уголовного трибунала для судебного преследования лиц, ответственных за геноцид и другие серьезные нарушения международного гуманитарного права, совершенные на территории Руанды, и граждан Руанды, ответственных за геноцид и другие подобные нарушения, совершенные на территории соседних государств, в период с 1 января по 31 декабря 1994 года, резолюция 955 (1994) Совета Безопасности от 8 ноября 1994 года, приложение.

[773] *Ежегодник... 1996 год*, т. II (часть вторая), с. 55.

[774] Международная конвенция о пресечении преступления апартеида и наказании за него, ст. I; и Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений, пятый пункт преамбулы.

[775] *Ежегодник... 1996 год*, т. II (часть вторая), сс. 58–59.

[776] См. *Ежегодник... 2015 год*, т. II (часть вторая), сс. 42–44, статья 3 и п. 3) комментария к ней.

[777] Женевская конвенция об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях (Женевская конвенция I), ст. 50; Женевская конвенция об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море (Женевская конвенция II), ст. 51; Женевская конвенция об обращении с военнопленными (Женевская конвенция III), ст. 130; Женевская конвенция о защите гражданского населения во время войны (Женевская конвенция IV), ст. 147; Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I), ст. 85.

[778] *Ежегодник... 1996 год*, т. II (часть вторая), сс. 67–68.

их подстрекательству, с их ведома или молчаливого согласия, в связи с чем это преступление имеет непосредственное отношение к предмету настоящего проекта статей. Аналогичное определение содержится в Межамериканской конвенции о предупреждении пыток и наказании за них (ст. 2 и 3). Комиссия считает, что для целей настоящего проекта статьи пытку следует трактовать в соответствии с ее определением в Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания.

35) Насильственное исчезновение впервые определяется в Межамериканской конвенции о насильственном исчезновении лиц от 9 июня 1994 года (ст. II). В свою очередь Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений от 20 декабря 2006 года тоже приводит определение этого преступления (ст. 2). Так же как и в случае пытки, определение этого преступления в Конвенции 2006 года в качестве необходимого условия предполагает его совершение государственными должностными лицами или по их подстрекательству либо с их ведома или молчаливого согласия, что обеспечивает его непосредственное отношение к предмету настоящего проекта статей. В этой связи Комиссия считает, что для целей настоящего проекта статьи насильственное исчезновение должно пониматься в соответствии с определением в статье 2 Конвенции 2006 года.