

# МЕЖДУНАРОДНОЕ УГОЛОВНОЕ ПРАВО

## К вопросу о привлечении Джорджа Буша-младшего к уголовной ответственности

Шаталова С.В.\*

В статье анализируются перспективы привлечения Дж. Буша-младшего к уголовной ответственности в иностранных судах за санкционирование т.н. «жестких методов допроса» с целью добиться показаний от заключенных американских специальных тюрем. Исследуется вопрос о том, может ли решение бывшего президента США о применении пыток к подозреваемым в терроризме лицам рассматриваться в качестве его «официальных действий», на которые распространяется функциональный иммунитет. Автор пытается установить, не возникла ли в последние десятилетия в обычном международном праве норма, предусматривающая исключение из иммунитета бывших глав государств в случае совершения ими преступлений по международному праву, в частности пыток. В этих целях анализируются судебная практика государств (уголовные дела против А. Пиночета, Х. Хабре и Д. Баутерсе), решения международных судебных инстанций, неофициальные кодификации международного права в области иммунитетов и юридическая доктрина. Также затрагивается вопрос о сохранении в случае международных преступлений государственного иммунитета и функционального иммунитета должностных лиц от иностранной гражданской юрисдикции.

**Ключевые слова:** функциональный иммунитет должностных лиц государства; экстерриториальная уголовная юрисдикция; преступления по международному праву; официальные/частные действия; иммунитет *ratione materiae*; Конвенция против пыток.

---

\* Шаталова Светлана Викторовна – второй секретарь посольства России в США, аспирант кафедры международного права МГИМО МИД России. [taurussvet@hotmail.com](mailto:taurussvet@hotmail.com).

В октябре 2011 г. во время визита Дж. Буша-младшего в канадский город Сюррей для выступления на экономическом саммите НПО «Центр за конституционные права» и «Канадский центр за международное правосудие» подали против него в суд Британской Колумбии уголовную жалобу<sup>1</sup> от лица узника Гуантанамо Х. бен Атташа и трех бывших заключенных одиозной спецтюрьмы – С. эль-Хаджа, М. Хана Тумани и М. Курназа.

Согласно судебным материалам, все четверо прошли через т.н. «жесткие методы допроса», санкционированные высшим американским руководством. Среди прочего они испытали на себе такие пыточные методики, как длительное лишение сна, воды и еды, избиения, электрошок, подвешивание в наручниках, сексуальные надругательства и психологический прессинг.

Суд принял информацию к рассмотрению и назначил слушания по делу на январь 2012 г.<sup>2</sup> Однако под давлением прокуратуры судопроизводство было вскоре приостановлено со ссылкой на положение канадского законодательства, обязывающее лиц, которые пытаются привлечь к уголовной ответственности иностранцев, в 8-дневный срок заручиться согласием генерального прокурора<sup>3</sup>.

С угрозой уголовного преследования за границей Дж. Буш сталкивается не впервые. Так, в феврале 2011 г. он был вынужден отменить запланированное выступление в Женеве, поскольку накануне его поездки в Швейцарию все та же НПО «Центр за конституционные права» и парижское отделение «Международной федерации за права человека» заявили о своем намерении возбудить против него уголовное дело по обвинению в причастности к пыткам<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Ст. 405 Уголовного кодекса Канады (“private prosecution”) позволяет частным лицам в случае бездействия прокуратуры подавать в суд информацию, которая может послужить основой для возбуждения уголовного дела.

<sup>2</sup> Center for Constitutional Rights. Torture Victims’ Case against George W. Bush Received in Provincial Court in British Columbia. 20 October 2011. Текст доступен на веб-сайте: [www.ccrjustice.org](http://www.ccrjustice.org).

<sup>3</sup> В связи с бездействием канадских властей 20 апреля 2012 г. НПО направили доклад в Комитет ООН против пыток с просьбой рассмотреть вопрос о невыполнении Канадой ее обязательств по Конвенции 1984 г. (текст Доступен на веб-сайте: [http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/ngos/CCIJ\\_2\\_Canada\\_CAT48.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/ngos/CCIJ_2_Canada_CAT48.pdf)).

<sup>4</sup> Nebehay S. Bush’s Swiss Visit off after Complaints on Torture. URL: [www.reuters.com/2011/02/05/us-bush-torture-idUSTRE7141CU20110205](http://www.reuters.com/2011/02/05/us-bush-torture-idUSTRE7141CU20110205); Finn P. Bush Trip to Switzerland called off amid Threats of Protests, Legal Action // Washington Post. 5 February 2011.

Обосновывая необходимость привлечения Дж. Буша к ответственности, НПО ссылаются на Конвенцию против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания 1984 г., участниками которой являются США, Канада и Швейцария. Данный договор, среди прочего, запрещает негуманное отношение к заключенным. При этом согласно п. 2 его ст. 2, «никакие исключительные обстоятельства, какими бы они ни были, будь то состояние войны или угроза войны, внутренняя политическая нестабильность или любое другое чрезвычайное положение, не могут служить оправданием пыток».

Между тем Дж. Буш в мемуарах «Решающие моменты» и ряде интервью признался, что лично санкционировал применение жестких методов допроса, включая имитацию утопления, к лицам, захваченным США в рамках «войны с террором»<sup>5</sup>. Такого рода обращение с заключенными в секретных тюрьмах ЦРУ было квалифицировано в качестве пыток в докладе Рабочей группы по произвольным задержаниям Комиссии ООН по правам человека за 2006 г.<sup>6</sup>, конфиденциальном докладе МККК за февраль 2007 г.<sup>7</sup>, докладе швейцарского сенатора Д. Марти Парламентской ассамблеи Совета Европы 2007 г.<sup>8</sup> и др.

Согласно п.1 ст.7 Конвенции 1984 г. «государство-участник, на территории которого, находящейся под его юрисдикцией, обнаружено лицо, подозреваемое в совершении любого из преступлений, указанных в ст. 4, в случаях, предусмотренных в ст. 5, если оно не выдает преступника, передает данное дело своим компетентным властям для судебного преследования». При этом п. 2 ст. 5 договора обязывает государства принимать меры для установления своей универсальной юрисдикции в отношении перечисленных в ст. 4 преступлений (пытки, попытка подвергнуть пытке, соучастие или участие в пытке) в случаях, «когда предполагаемый преступник находится на любой территории под его юрисдикцией, и оно не выдает его в соответствии со ст. 8».

---

<sup>5</sup> Bush, G. Decision Points. New York: Crown Publishers. 2010. P. 165.

<sup>6</sup> Doc. E/CN.4/2006/120. 27 February 2006, [www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=E/CN.4/2006/120](http://www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=E/CN.4/2006/120). C.34. Пар. 87.

<sup>7</sup> ICRC Report on the Treatment of 14 “High Value Detainees” in CIA Custody. Report to John Rizzo, Acting General Counsel, CIA. 14 February 2007. <http://www.nybooks.com/media/doc/2010/04/22/icrc-report.pdf>. P.5, 26.

<sup>8</sup> Marty D. Secret Detentions and Illegal Transfers of Detainees Involving Council of Europe Member States: Second Report. CoE Doc.11302 rev. 11 June 2007, <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/Doc07/edoc11302.pdf>. Пар. 9.

Таким образом, согласно логике правозащитников, в случае приезда Дж. Буша в одно из государств – участников Конвенции у последнего возникает не только право, но и международно-правовое обязательство принять к рассмотрению уголовную жалобу против бывшего американского президента, если оно не экстрадирует его.

Примечательно, что Дж. Буш отменил свою поездку в Женеву, несмотря на заявление швейцарского МИД, что экс-президент пользуется иммунитетом от юрисдикции иностранных судов в отношении действий, совершенных им во время нахождения на президентском посту. Его опасения, что суд может не согласиться с мнением исполнительной власти, судя по всему, не лишены оснований.

Как указывалось в подготовленном НПО «обвинительном акте»<sup>9</sup>, бывший американский президент не является ни дипломатом, ни консульским должностным лицом, поэтому он не может претендовать на защиту Венских конвенций 1961 и 1963 гг. Не распространяются на него и привилегии и иммунитеты, предусмотренные Конвенцией о специальных миссиях 1969 г., «поскольку цель его визита в Женеву явно относится к частной сфере»<sup>10</sup>.

Помимо конвенционного права, иммунитеты должностных лиц государства от иностранной юрисдикции (как уголовной, так и гражданской) регулируются нормами обычного международного права. В международно-правовой доктрине эти иммунитеты принято разделять на персональные и функциональные. Иммунитет *ratione personae*, который также называют «личным», «абсолютным» или «процессуальным», охватывает как официальные, так и частные действия лица, однако он предоставляется лишь ограниченному кругу должностных лиц (в частности, аккредитованным дипломатам, главам государств и правительств, министрам иностранных дел) и действует, только пока те занимают соответствующий пост. На функциональный иммунитет (*ratione materiae*) вправе ссылаться все должностные лица государства независимо от ранга, причем даже после того, как они покинули свой пост. Однако он распространяется исключительно на действия, совершенные в официальном качестве<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> См. Preliminary “Indictment for Torture”: George W. Bush Brought Pursuant to Convention against Torture, <http://www.ccrjustice.org/files/FINAL%207%20Feb%20BUSH%20INDICTMENT.pdf>.

<sup>10</sup> Там же. Пар. 80-84.

<sup>11</sup> Подробнее о различии между персональными и функциональными иммунитетами см. Колодкин Р.А. Предварительный доклад об иммунитете должностных лиц государства

Что касается персонального иммунитета, то Дж. Буш перестал им пользоваться, как только покинул президентский пост, и в настоящий момент он может претендовать лишь на иммунитет *ratione materiae*. Как указывал Э. Уоттс в своем курсе лекций для Гаагской академии международного права, «бывший глава государства не пользуется по международному праву никакими льготами, иммунитетами и привилегиями, которые международное право предоставляет действующим главам государства. После оставления должности он может преследоваться в судебном порядке за частные действия, совершенные им как во время нахождения на посту, так и до того как он стал или после того как он перестал быть главой государства»<sup>12</sup>.

В этой связи принципиальными являются два вопроса. Во-первых, можно ли рассматривать решение американского руководства о применении пыток к подозреваемым в терроризме лицам в качестве «официальных действий», на которые распространяется функциональный иммунитет? Во-вторых, даже если эти действия подпадают под категорию официальных, не возникла ли за последние десятилетия в международном праве норма, предусматривающая исключение из функционального иммунитета в отношении преступлений по международному праву, в частности пыток?

Все эти вопросы активно обсуждаются в международно-правовой литературе уже более десятилетия. Отправной точкой для дискуссии послужило решение британской Палаты лордов по делу бывшего чилийского диктатора А. Пиночета – первое в международной практике, согласно которому бывшему главе государства было отказано в иммунитете на основании характера вменяемых ему преступлений.

Если абстрагироваться от исторического и политического контекста двух дел («грязной войны» в случае А. Пиночета, «войны с террором» в случае Дж. Буша), их юридическая канва во многом схожа. В обоих случаях речь шла о попытке привлечь за границей к уголовной ответственности бывших глав государства за пытки, санкционированные ими во время нахождения на посту.

Напомним вкратце обстоятельства процесса над А. Пиночетом. В октябре 1998 г. бывший чилийский диктатор приехал на лечение

---

от иностранной уголовной юрисдикции. Документ Комиссии международного права ООН A/CN.4/602. Пар. 78-83.

<sup>12</sup> Watts, A. The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers // *Receuil des Cours*. Vol.247 (1994-III). P.88.

в Великобританию. Воспользовавшись этим испанские власти направили в Лондон запрос о его экстрадиции, чтобы судить генерала за пытки, насильственные исчезновения и убийства (в том числе испанских граждан), совершенные чилийскими спецслужбами в период 1973-1979 гг.<sup>13</sup> Британские судьи выдали два временных ордера на арест, и 23 октября 1998 г. генерал был задержан.

Впоследствии вышестоящий окружной суд отменил оба ордера, однако решение об отмене второго было обжаловано в Палате лордов, которая приняла свое первое решение по делу Пиночета 25 ноября 1998 г.<sup>14</sup> Вопрос, который был поставлен перед британскими лордами, звучал следующим образом: вправе ли Пиночет как бывший глава государства претендовать на иммунитет от ареста и экстрадиционно-го процесса в Великобритании в отношении действий, которые он совершил в период своего правления?

Из пяти лордов, рассматривавших апелляционную жалобу, только двое – лорды Слин и Ллойд – высказались в пользу наличия у Пиночета функционального иммунитета. Трое же – лорды Николлс, Стейн и Хоффман – отвергли этот аргумент защиты. Однако решение было отменено в январе 1999 г., после того как выяснилось, что супруга одного из членов судейской коллегии в течение долгого времени работала в НПО «Международная амнистия», которая с разрешения суда участвовала в процессе на стороне обвинения<sup>15</sup>.

24 марта 1999 г. Палата лордов в расширенном составе приняла новое – третье по счету – постановление по делу Пиночета<sup>16</sup>. И на этот раз большинство лордов (6 из 7) отказали бывшему диктатору в праве претендовать на иммунитет.

В обоснование своей позиции об отсутствии у экс-диктатора иммунитета лорды в первом и третьем решениях приводили разные аргументы.

Так, согласно лорду Николлсу, британское законодательство наделяет экс-лидеров иммунитетом только в отношении тех действий, которые признаются международным правом в качестве законных функций глав

---

<sup>13</sup> А.Пиночет исполнял обязанности президента Чили с 17 декабря 1974 г. по 11 марта 1990 г. До этого с сентября 1973 г. он был председателем правительственной хунты.

<sup>14</sup> Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet (Pinochet I). U.K. House of Lords. 25 November 1998 // 37 I.L.M. P.1302 (1998).

<sup>15</sup> In re Pinochet (Pinochet II). UK House of Lords. 17 December 1998 // 38 ILM 430 (1990).

<sup>16</sup> United Kingdom House of Lords. Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet (Pinochet III). 24 March 1999 // 38 I.L.M. 581 (1999).

государств<sup>17</sup>. Аналогично лорд Хаттон отметил, что пытки, даже если они совершены под прикрытием власти, «не могут рассматриваться как функции главы государства по международному праву, учитывая, что последнее прямо запрещает их как меру, которую государство не может использовать ни при каких обстоятельствах, и квалифицирует их как международное преступление»<sup>18</sup>. Согласно лорду Миллету, функциональный иммунитет неприменим к международным преступлениям, поскольку международное право не может, с одной стороны, криминализировать деяние и наделять запрет на его совершение статусом нормы *jus cogens*, с другой – предоставлять в отношении него иммунитет<sup>19</sup>.

Лорд Филлипс посчитал, что иммунитет *ratione materiae* не может сосуществовать с преступлениями, в отношении которых международное право обязывает государства осуществлять экстерриториальную юрисдикцию<sup>20</sup>.

Подробнее всего неприменимость функционального иммунитета в отношении пыток аргументировал председательствующий лорд Браун-Вилкинсон. Согласно его логике, Конвенция 1984 г. предоставила юрисдикцию в отношении преступления пыток национальным судам всех государств-участников. Единственное логичное толкование положений этого международно-правового акта состоит в том, что лица, в отношении которых государства обязаны осуществлять эту юрисдикцию, не пользуются иммунитетом<sup>21</sup>.

Еще один элемент, который, по мнению лорда Брауна-Вилкинсона, указывает на неприменимость функционального иммунитета по отношению к пыткам – определение данного международного преступления. Согласно ст. 1 Конвенции 1984 г., договор применяется только в тех случаях, когда «боль или страдание причиняются должностным лицом государства или иным лицом, выступающим в официальном качестве, или по их подстрекательству, или с их ведома или молчаливого согласия». Если бы пытки рассматривались в качестве официальных функций, то все потенциальные обвиняемые могли бы быть привлечены к уголовной ответственности только в своем собственном государстве (или в международном трибунале, наделенном соответствующей

---

<sup>17</sup> Pinochet I. P. 1333.

<sup>18</sup> Pinochet III. P. 638.

<sup>19</sup> Pinochet III. P. 651.

<sup>20</sup> Pinochet III. P. 661.

<sup>21</sup> Pinochet III. P. 594.

юрисдикцией), либо если бы их государство отказалось от иммунитета. Следовательно, «вся тщательно продуманная структура универсальной юрисдикции в отношении пыток, совершенных официальными лицами, терпит крах, и одна из главных целей Конвенции – создать систему, исключаящую убежище для тех, кто совершает пытки, – становится неосуществимой»<sup>22</sup>.

Аналогично, согласно лорду Миллетту, определение пыток по Конвенции 1984 г. совершенно несовместимо с существованием функционального иммунитета. Как он отметил, «никакая рациональная система уголовной юстиции не может предусматривать существование иммунитета, который имеет точно такую же сферу охвата, как и само преступление»<sup>23</sup>.

Тем не менее, как уже отмечалось, трое лордов (двое в первом решении и один в третьем) высказались за наличие у Пиночета иммунитета *ratione materiae*.

Как отметил лорд Слинн в первом постановлении, «тот факт, что при осуществлении своих функций глава государства совершает незаконный акт, не означает, что его больше нельзя рассматривать как совершающего одну из его функций. В ином случае иммунитет в отношении уголовных актов был бы во многом лишен своего смысла»<sup>24</sup>.

Согласно лорду Ллойду, создание международных трибуналов для проведения судебных процессов над обвиняемыми в геноциде и преступлениях против человечности, включая пытки, доказывает, что «эти преступления, когда они совершены главами государств или другими ответственными правительственными чиновниками, не могут рассматриваться в обычных судах других государств»<sup>25</sup>. В ином случае не было бы необходимости в их учреждении.

Помимо этого, согласно лорду Ллойду, Пиночет был вправе претендовать на иммунитет, поскольку вменяемые ему действия могли быть присвоены самому государству<sup>26</sup>. При этом он посчитал «необоснованным в теории и нереализуемым на практике» налагать ограничения на иммунитет главы государства в зависимости от числа или серьезности вменяемых преступлений: «В ином случае можно прийти

---

<sup>22</sup> Pinochet III. P. 595.

<sup>23</sup> Pinochet III. P. 651.

<sup>24</sup> Pinochet I. P. 1309.

<sup>25</sup> Pinochet I. P. 1325.

<sup>26</sup> Pinochet I. P. 1328.



к позиции, что преступления главы государства, совершенные при исполнении правительственных полномочий, должны присваиваться государству, только если они не очень серьезны. По достижении же некоторого (неопределенного) уровня серьезности преступления перестают присваиваться государству и рассматриваются вместо этого как частные преступления»<sup>27</sup>.

Согласно лорду Гоффу, если бы разработчики Конвенции 1984 г. намеревались отменить иммунитет в уголовных процессах по обвинению в пытках, они бы сделали это недвусмысленно, включив в договор соответствующее положение, поскольку отказ от иммунитета посредством международного договора всегда должен быть явно выраженным<sup>28</sup>. Как указал лорд, отказ от иммунитета не упоминается даже в подготовительных материалах Конвенции, что, по его мнению, прямо указывает на нежелание государств-подписантов отказываться от «основополагающей защиты, предоставляемой им международным правом», каковым является иммунитет.

С новой силой спор о применимости функционального иммунитета в отношении международных преступлений разгорелся после постановления Международного суда ООН 2002 г. по делу «Об ордере на арест»<sup>29</sup>. Хотя само дело касалось иммунитетов действующих министров иностранных дел<sup>30</sup>, в *obiturn dictum* постановления указывалось, что бывшие высшие должностные лица государств после отставки могут подвергаться судебному преследованию в других странах «в отношении действий, совершенных ими до или после срока исполнения должностных полномочий, а также в отношении действий, совершенных во время нахождения на посту в личном качестве»<sup>31</sup>.

Примечательно, что комментаторы по-разному трактуют эту формулировку. Одни авторы заявляют, что пытки и другие тяжкие преступления по международному праву по своей природе не могут являться

---

<sup>27</sup> Pinochet I. P. 1324.

<sup>28</sup> Pinochet II. P. 601.

<sup>29</sup> Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment of 14 February 2002 // I.C.J. Reports, 2002.

<sup>30</sup> ДРК подала заявление в Суд, после того как бельгийский судья Вандермейрс выдал и распространил через Интерпол международный ордер на арест конголезского министра иностранных дел А. Йеродии за преступления против человечности (в самой Бельгии выходцы из Конго подали против Йеродии гражданский иск по обвинению в подстрекательстве к расовой ненависти в августе 1998 г.).

<sup>31</sup> Там же. Пар. 61.

официальными действиями и, следовательно, по мнению Суда, в отношении них функциональный иммунитет не действует. Как отметили в своем совместном особом мнении к постановлению судьи Р. Хиггинс, П. Койманс и Т. Бургенталь, «в литературе все чаще утверждается ... что серьезные международные преступления не могут рассматриваться как официальные действия, поскольку они не являются ни нормальными государственными функциями, ни функциями, которые может осуществлять только само государство (в отличие от отдельных лиц)...»<sup>32</sup>.

Другие комментаторы указывают на искусственность утверждения, что международные преступления всегда являются частными действиями. Согласно Д. Коллеру, «во-первых, такие действия очень часто являются официальными в том смысле, что государственные лица совершают их от лица государства... Во-вторых, эта юридическая фикция в действительности привела бы к отмене ответственности государств, поскольку действия, совершенные от своего собственного имени, не могут быть присвоены государству»<sup>33</sup>.

Аналогично К. Ван ден Вингаэрт, участвовавшая в разбирательстве по делу «Об ордере на арест» в качестве судьи *ad hoc* от Бельгии, в своем особом мнении к постановлению отметила, что «некоторые преступления по международному праву (например, некоторые акты геноцида и агрессии) по практическим причинам могут быть совершены только с помощью и с использованием механизмов государства в рамках государственной политики. С этой точки зрения, они не могут быть ничем иным, как «официальными» действиями»<sup>34</sup>.

Согласно Д. Аканде и С. Ша, если действия «были совершены по причинам, связанным с политикой государства, в отличие от причин, которые являются чисто личными, и были совершены с использованием госаппарата, т.е. под прикрытием закона, тогда эти действия должны считаться официальными»<sup>35</sup>. Аналогично для Э. Уоттса глав-

---

<sup>32</sup> Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000. Op. cit. Joint separate opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal. Para. 85 // I.C.J. Reports, 2002.

<sup>33</sup> Koller, D.S. Immunities of Foreign Ministers: Paragraph 61 of the Yerodia Judgment As It Pertains to the Security Council and the International Criminal Court // American University International Law Review. Vol. 20 (2004). P. 29. См. также Wirth, S. Immunity for Core Crimes? The ICJ's Judgment in Congo v. Belgium Case // EJIL. Vol. 13 (2002). P. 891.

<sup>34</sup> Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000. Op. cit. Dissenting Opinion of Judge Van den Wyngaert. Para. 36.

<sup>35</sup> Akande D., Shah S. Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts // EJIL. Vol. 21 (2011). C. 832.

ный критерий – «были ли действия совершены под прикрытием или под предлогом публичной власти главы государства»<sup>36</sup>.

В этой связи, некоторые комментаторы решения «Об ордере на арест» критикуют Международный суд за игнорирование наметившейся в последние десятилетия в международном праве тенденции к ограничению сферы действия нормы об иммунитете<sup>37</sup>. Так, по мнению судьи К. Ван ден Вингаэрт, суд должен был прямо указать, что после выхода в отставку высокопоставленные должностные лица государства могут быть привлечены к уголовной ответственности за тяжкие международные преступления.

Среди сторонников прогрессивного развития международного права в этом направлении немало приверженцев т.н. теории нормативной иерархии. Согласно этой концепции, императивные нормы международного права, в частности запрет пыток<sup>38</sup>, имеют преимущественную силу над не обладающими таким статусом нормами об иммунитетах. Так, в особом мнении судей Розакиса, Кафлиша, Косты, Фильдбахера, Кабрала Барreto и Ваджича, к постановлению ЕСПЧ по делу «Аль-Адсани против Великобритании» отмечалось: «Благодаря взаимодействию нормы *jus cogens* о запрете пыток и норм, касающихся государственного иммунитета, процедурное препятствие, каким является государственный иммунитет, автоматически снимается, поскольку эти нормы, противоречащие нормам более высокого порядка, не имеют никакого юридического действия»<sup>39</sup>.

Аналогичная идея выражается в особом мнении судьи Международного суда А. Аль-Хасауны (Иордания) к постановлению «Об ордере на арест»: «Эффективная борьба с тяжкими преступлениями, вероятно, приобрела характер *jus cogens*, что отражает признание международным сообществом жизненно важных общественных интересов и ценностей, которые оно старается защитить и усилить. Следовательно,

<sup>36</sup> Watts, A. Op.cit. P. 56.

<sup>37</sup> См., например, Wirth S. Op. cit. P. 888; Akande D. Shah S. Op. cit. P.839.

<sup>38</sup> Наличие характера *jus cogens* у международно-правовой нормы о запрете пыток было признано Комитетом ООН по правам человека (52-я сессия. 1994. Док. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6. Замечание общего порядка №24. Пар.10) и Международным трибуналом по бывшей Югославии в решениях по делам «Прокурор против Делалича» от 16 ноября 1998 г. (пар.454), «Прокурор против Фурунджия» от 10 декабря 1998 г. (пар.139, 143) и др.

<sup>39</sup> European Court of Human Rights. Case of Al-Adsani v. The United Kingdom. Joint dissenting opinion of Judges Rozakis and Caflisch joined by Judges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto and Vajić. 21 November 2001. Пар. 3.

когда иерархически более высокая норма входит в противоречие с нормами об иммунитете, она должна превалировать»<sup>40</sup>.

Вместе с тем многие юристы указывают на отсутствие логики в такой аргументации. Согласно специальному докладчику Комиссии международного права ООН по теме «Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции» Р.А. Колодкину, «поскольку норма об иммунитете, с одной стороны, и нормы, криминализующие определенное поведение или устанавливающие ответственность за него, – с другой, регулируют разные вопросы и лежат в разных областях права (процессуальной и материальной соответственно), они вряд ли могут конфликтовать между собой, даже несмотря на то, что одни из них являются императивными, а другая – диспозитивной»<sup>41</sup>.

Даже многие убежденные противники иммунитета *ratione materiae* в отношении международных преступлений признают непоследовательность теории нормативной иерархии. Так, по мнению Л. Каплан, эта концепция имела бы право на жизнь, если бы сформировалась норма *jus cogens*, запрещающая предоставление иммунитета в отношении нарушений прав человека, совершенных иностранными государствами. Однако теория нормативной иерархии не предоставляет доказательств существования такой императивной нормы»<sup>42</sup>.

Другой аргумент, часто приводящийся противниками иммунитета, – его несовместимость с современным развитием международного уголовного права. Согласно Д. Аканде и С. Ша, «когда существует экстерриториальная юрисдикция в отношении международного преступления и устанавливающая эту юрисдикцию норма ясно предусматривает уголовное преследование в отношении преступлений, совершенных в официальном качестве, иммунитет *ratione materiae* по логике не может сосуществовать с установлением такой юрисдикции»<sup>43</sup>.

Наконец, ряд авторов утверждает, что развитие международного права после Первой мировой войны постепенно привело к формированию обычно-правовой нормы, предусматривающей исключение из функционального иммунитета должностных лиц государства в отношении

---

<sup>40</sup> Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000. Op. cit. Dissenting opinion of Judge Al-Khasawneh. Para. 7.

<sup>41</sup> Колодкин Р.А. Второй доклад об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции. Документ КМП ООН A/CN.4/631. С. 41. Пар. 64.

<sup>42</sup> Caplan, L.M. State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens: a Critique of the Normative Hierarchy Theory // AJIL. Vol. 97 (2003). P. 772.

<sup>43</sup> Akande, D. Shah, S. Op. cit. P. 843.

преступлений по международному праву<sup>44</sup>. Доказывая ее существование, А. Кассесе ссылается в первую очередь на многочисленные судебные процессы по делам нацистов и их союзников в судах Израиля (дело А. Эйхмана), Франции (дело К. Барби), Италии (дела Г. Капплера и Э. Прибке), Голландии (дела Й. Раутера), Великобритании (дело А. Кессельринга), США (дело Т. Ямаситы).

Однако, за исключением данного исторического контекста, практика национальных судов по успешному завершению дел против иностранных должностных лиц, особенно бывших глав государств, довольно скудна.

Помимо чилийского диктатора уголовному преследованию после свержения подвергся «африканский Пиночет» – бывший президент Чада Х. Хабре. В июле 2006 г. Африканский союз уполномочил Сенегал судить его «от имени Африки» за преступления против человечности, военные преступления и пытки<sup>45</sup>. В 2008 г. президент Сенегала А. Вад потребовал от международного сообщества 27 млн евро на проведение уголовного процесса против Х. Хабре и пригрозил в ином случае снять домашний арест с бывшего чадского диктатора<sup>46</sup>.

В этой связи в феврале 2009 г. Бельгия подала против Сенегала иск в Международный суд<sup>47</sup>, заявив, что бездействие Дакара является нарушением его обязательства *aut dedere aut judicare* по Конвенции против пыток. По мнению Брюсселя, сенегальские власти должны либо осуществить судебное преследование Х. Хабре, либо экстрадировать его в Бельгию (где также было заведено уголовное дело). В марте 2012 г. Международный суд провел слушания по данному делу и в настоящий момент он готовится к оглашению постановления.

В июле 2011 г. сенегальские власти внезапно объявили о выдаче Х. Хабре Чаду, где тот был заочно приговорен в 2008 г. к смертной казни. После критики этого решения Верховным комиссаром ООН по правам человека Н. Пиллэй<sup>48</sup>, свою готовность судить диктатора вновь высказала Бельгия, а также Руанда.

---

<sup>44</sup> Cassese A. When May Senior State Officials be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case // EJIL. Vol. 13 (2002). No. 4. P. 864.

<sup>45</sup> African Union Doc. Assembly/AU/3 (VII), 02 July 2006, Assembly/AU/Dec.127 (VII) // [www.hrw.org/en/news/2006/08/02/decision-hiss-ne-habr-case-and-african-union](http://www.hrw.org/en/news/2006/08/02/decision-hiss-ne-habr-case-and-african-union)

<sup>46</sup> [www.hrw.org/en/habre-case](http://www.hrw.org/en/habre-case)

<sup>47</sup> Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), [www/iccj-cij.org](http://www/iccj-cij.org).

<sup>48</sup> Senegal urged to halt ex-Chad leader Habre extradition // [www.bbc.co.uk/news/world-africa-14097937](http://www.bbc.co.uk/news/world-africa-14097937).

Еще менее успешным оказалось уголовное преследование бывшего главы Суринама Д. Баутерсе. В июле 1999 г. голландский суд заочно приговорил его к 11 годам тюремного заключения за контрабанду наркотиков. Одновременно он начал уголовное дело против Баутерсе по обвинению в преступлениях против человечности, а именно пытках и убийстве в 1982 г. 15 оппозиционеров. Апелляционный суд Амстердама посчитал, что «осуществление очень серьезных преступлений (например, преступлений против человечности и пыток) не может рассматриваться в качестве официальных действий главы государства»<sup>49</sup>. Верховный суд согласился с этим утверждением, но отменил решение на основании незаконности ретроактивного применения Конвенции 1984 г.<sup>50</sup> Более того, в 2010 г. обвиняемый вновь был избран президентом Суринама.

В Аргентине<sup>51</sup> и Испании<sup>52</sup> так же безуспешно заводились уголовные дела против бывшего председателя КНР Ц. Цзэминя.

Точка зрения, согласно которой функциональный иммунитет не действует в отношении грубых нарушений прав человека весьма часто встречается в доктрине международного публичного права. Так, по мнению итальянского профессора А. Бианки, «несовместимость самого понятия преступлений по международному праву с любой формой иммунитета, который защищает лиц под прикрытием их официального положения, очевидна»<sup>53</sup>.

Согласно п.2 ст.13 резолюции Института международного права 2001 г. «Иммунитеты от юрисдикции и исполнительных мер глав государств и правительств в международном праве» бывшие главы государств могут подвергаться уголовному преследованию и быть судимыми, когда вменяемые им действия являются преступлениями

---

<sup>49</sup> Gerechtshof Amsterdam, 20 November 2000, Nederlandse Jurisprudentie (2001) No.51, 302, P.303.

<sup>50</sup> Hoge Raad, 18 September 2001, Case No. 00749/01 Cw 2323, and 23 October 2001, Case No. 02648/00.

<sup>51</sup> Henao L. Argentine judge asks China arrests over Falun Fong. 22 December 2009, [www.reuters.com](http://www.reuters.com).

<sup>52</sup> Cuthbertson Ch. Spanish Judge Calls Top Chinese Officials to Account for Genocide, [www.theepochtimes.com/n2/world/spain-court-falun-gong-genocide-jiang-zemin-25211.html](http://www.theepochtimes.com/n2/world/spain-court-falun-gong-genocide-jiang-zemin-25211.html).

<sup>53</sup> Bianchi A. Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case // EJIL (1999). Vol.10 No.2. P.260. См. также Klinberg, V. (Former) Heads of State before international(ized) criminal courts: the case of Charles Taylor before the Special Court for Sierra Leone // German Yearbook of International Law. Vol. 46 (2004). P. 552.

по международному праву<sup>54</sup>. В п. 1 ст. III резолюции Института о юрисдикционных иммунитетах государств и лиц, действующих от имени, в случае международных преступлений 2009 г. указывается, что в соответствии с международным правом к международным преступлениям неприменим никакой иммунитет, кроме персонального<sup>55</sup>.

Аналогично в Заключительном докладе Ассоциации международного права об осуществлении универсальной юрисдикции в отношении массовых нарушений прав человека 2000 г. постулируется, что «понятие иммунитета от уголовной ответственности за преступления по международному праву, совершенные в официальном качестве, будь то действующими или бывшими должностными лицами, фундаментально несовместимы с идеей, что тяжкие нарушения прав человека подлежат универсальной юрисдикции»<sup>56</sup>.

Вместе с тем, на взгляд Р.А.Колодкина, «разнообразные обоснования исключений из иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции при ближайшем рассмотрении оказываются недостаточно убедительными. Эти обоснования продолжают дискутироваться в доктрине. Далека от единообразия в этом отношении и практика государств. Решение по делу *Пиночета*, давшее толчок дискуссии по данному вопросу, не привело к формированию гомогенной судебной практики. В этой связи вряд ли можно говорить об исключениях из иммунитета как о сложившейся норме обычного международного права...». Спецдокладчик выделяет лишь ситуацию, «когда уголовная юрисдикция осуществляется государством, на территории которого произошло предполагаемое преступление, и это государство не давало согласия на осуществление на своей территории деятельности, приведшей к преступлению, и на присутствие на своей территории иностранного должностного лица, совершившего это предположительное преступление». В этом

---

<sup>54</sup> Institut de Droit International. Session de Vancouver-2001. Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and of Government in International Law, [www.idi-ili.org/idiE/resolutionsE/2001\\_van\\_02\\_en.PDF](http://www.idi-ili.org/idiE/resolutionsE/2001_van_02_en.PDF).

<sup>55</sup> Institut de Droit International. Napoli Session – 2009. Resolution on the Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in case of International Crimes, [www.idi0ili.org/idiE/resolutionsE/2009\\_naples\\_01\\_en.pdf](http://www.idi0ili.org/idiE/resolutionsE/2009_naples_01_en.pdf).

<sup>56</sup> International Law Association, Committee on International Human Rights Law and Practice, London Session (2000). Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offence. P. 14. Текст доступен на сайте Ассоциации: [www.ila-hq.org](http://www.ila-hq.org).

случае, по его мнению, есть достаточные основания говорить об отсутствии иммунитета<sup>57</sup>.

В целом же для определения вопроса о наличии функционального иммунитета и его объема Р.А. Колодкин предлагает использовать критерий присвоения поведения должностного лица государству (иммунитет существует, если поведение может быть присвоено государству, даже если оно квалифицируется в качестве международного преступления).

Следует при этом отметить, что в соответствии с превалирующей на сегодня международной судебной практикой сами государства сохраняют суверенный иммунитет в случае присвоения им грубых нарушений прав человека, в том числе пыток<sup>58</sup>. Показательно в этом отношении постановление ЕСПЧ по делу «Аль-Адсани против Великобритании», в котором Суд, отметив «все более широкое признание наивысшей важности запрета пыток», тем не менее не посчитал «установленным, что в международном праве уже общепринято понимание, согласно которому государства не вправе ссылаться на иммунитет в отношении гражданских исков о пытках, совершенных вне территории государства суда»<sup>59</sup>.

Известными отступлениями от этой практики являются решения по делам «Феррини против ФРГ» и «Префектура Воиотия против ФРГ». В них итальянский и греческий кассационные суды, соответственно, отказали в иммунитете Германии по гражданским искам, связанным с нарушениями международного гуманитарного права в период Второй мировой войны. Отличительной особенностью этих дел, однако, являлось то, что преступления, послужившие предметом исков, были частично совершены на территории государств суда.

Можно утверждать, что должностные лица государств также сохраняют свой иммунитет *ratione materiae* в отношении преступлений по международному праву, если против них подаются гражданские иски. Так, например, в третьем решении по делу Пиночета лорды Хаттон, Миллет и Филлипс отметили, что бывший чилийский диктатор

---

<sup>57</sup> Колодкин Р.А. Второй доклад об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции. С. 59-60.

<sup>58</sup> См., например, судебные решения по делам: Al-Adsani v. Government of Kuwait (1996) 107 ILR 536 (Великобритания); Argentine Republic v. Amerasia Shipping Corporation (1989) 109 S. Ct. 683 (США); Sideman de Blake v. Republic of Argentina 965 F. 2d 699 (9th Cir. 1992) (США).

<sup>59</sup> European Court of Human Rights. Case of Al-Adsani v. The United Kingdom. 21 November 2001. Пар.66.



мог бы претендовать на иммунитет от юрисдикции британских судов, если бы речь шла о гражданском процессе.

В этом же ключе в 2004 г. апелляционный суд канадской провинции Онтарио подтвердил решение нижестоящего суда о невозможности принять к рассмотрению иск Х. Бузари к Республике Иран (заявитель подвергся в этой стране пыткам). В этой связи судья Гаудж отметил, что существующее на данный момент как в канадском, так и международном праве соотношение двух принципов – запрета пыток и иммунитета государств – запрещает канадским судам принимать к рассмотрению гражданские иски (но не уголовные жалобы) в отношении актов пыток, совершенных в Иране<sup>60</sup>.

К такому же выводу пришла британская Палата лордов в деле «Джонс против Королевства Саудовская Аравия». В 2006 г. она частично отменила решение апелляционного суда 2004 г., признавшее судебный иммунитет самой Саудовской Аравии, но отклонившее претензии на иммунитет со стороны МВД и должностных лиц этого государства в отношении гражданских исков британских и канадских граждан, подвергшихся пыткам в тюрьмах Эр-Рияда<sup>61</sup>. Лорд Бингэм в этой связи указал, что Конвенция 1984 г. устанавливает в отношении пыток только универсальную уголовную ответственность, но не гражданскую. При этом он отметил «категорически отличный» характер данного дела от процесса А. Пиночета, касавшегося уголовного преследования бывшего диктатора<sup>62</sup>.

Как представляется, именно с учетом этих судебных прецедентов правозащитники решили подать против Дж. Буша именно уголовную жалобу, а не гражданский иск. Между тем, до сих пор Дж. Бушу и членам его команды удавалось уходить от судебных разбирательств в других странах, порой задействуя тяжелую «дипломатическую артиллерию». Так, когда иски против Дж. Буша, Д. Чейни, К. Пауэлла, генералов Н. Шварцкопфа и Т. Фрэнкса были поданы в бельгийские суды на основании закона об универсальной юрисдикции 1993 г., Вашингтон пригрозил перенести из Брюсселя штаб-квартиру НАТО<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> Bouzari v. Islamic Republic of Iran, Court of Appeal for Ontario, 30 June 2004. Para.3.

<sup>61</sup> Ronald Grant Jones v. The Ministry of the Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya as Saudiya. Supreme Court of Judicature. Court of Appeal. 28 October 2004. [2004] EWCA Civil 1394.

<sup>62</sup> Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya As Saudiya. House of Lords. Opinion of the Lords of Appeal for Judgment in the Cause. 14 June 2006. [2006] UKHL 26.

<sup>63</sup> Powell Warns Belgium As Iraqi's File War Crimes Charges, [www.informationclearinghouse.info/articel2334.htm](http://www.informationclearinghouse.info/articel2334.htm)

Отчасти из-за этого давления (а также в свете решения Международного суда по делу «Об ордере на арест») бельгийские законодатели были вынуждены внести поправки в свое «слишком прогрессивное» законодательство.

Инцидент с Дж. Бушем, на наш взгляд, очень показателен с точки зрения современного развития международного права в области иммунитетов.

С одной стороны, очевидно, что сама идея привлечения бывших дигнитариев к уголовной ответственности за границы за грубые нарушения прав человека более не является абсолютным табу. Многие правозащитные организации занимаются подготовкой судебных материалов для потенциальных процессов над экс-лидерами на постоянной основе, при этом суды ряда стран относятся к их позиции с сочувствием. Сами чиновники более не чувствуют себя защищенными от судебного преследования за границы и вынуждены учитывать угрозу вручения им судебных повесток при планировании иностранных поездок.

С другой стороны, государства пока не готовы ставить правочеловеческие идеалы превыше национальных интересов. Они с готовностью возбуждают уголовные дела против бывших суверенов, только когда уверены, что это не отразится на их отношениях с дружественными государствами и не повлечет за собой контрмеры. В этой связи уголовному преследованию, как правило, подвергаются бывшие лидеры развивающихся стран или диктаторы, выпавшие из милости нынешних властей государства (Ф. Маркос, А. Фухимори и т.д.).

Такое положение вещей, на наш взгляд, доказывает, что главной задачей международного права по-прежнему остается обеспечение мирного сосуществования и дружественных отношений между суверенными государствами. Говорить же о победе правочеловеческой составляющей и утверждении обычно-правовой нормы, предусматривающей исключение из правила иммунитетов в отношении международных преступлений, можно будет только тогда, когда перед иностранным судом предстанет бывший руководитель одного из «развитых» государств, например, лично признавшийся в санкционировании пыточных методов Дж. Буш-младший.

## **Библиографический список**

Иммуитет государственных должностных лиц от уголовного преследования. Меморандум Секретариата. Комиссия международного права ООН. Шестидесятая сессия. Документ A/CN.4/596. 251 с.

Колодкин Р.А. Второй доклад об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции. Комиссия международного права ООН. Шестидесят вторая сессия. 10 июня 2010 г. Документ A/CN.4/631. 63 с.

Akande D., Shah S. Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts // *European Journal of International Law*. Vol. 21 (2011). No. 4. Pp. 815-852.

Alebeek R. Immunity of States and Their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law. Oxford University Press. 2008. 449 p.

Bianchi A. Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case // *European Journal of International Law*. Vol. 10 (1999). No. 2. Pp. 237-277.

Caplan, L.M. State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens: a Critique of the Normative Hierarchy Theory // *AJIL*. Vol. 97 (2003). Pp. 741-781.

Cassese A. When May Senior State Officials be Tried for International Crimes? Some Comments on The Congo v. Belgium Case // *European Journal of International Law*. No. 13 (2002). No. 4. Pp. 853-875.

Verhoeven J. Les immunités de jurisdiction et d'exécution. Rapport provisoire // *Annuaire de l'Institut de Droit international*. Vol. 69 (2000-2001). 2009.

Watts, A. The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers // *Recueil des cours. Académie de droit international*. Vol. 247 (1994-III).

Wirth, S. Immunity for Core Crimes? The ICJ's Judgment in the Congo v. Belgium Case // *European Journal of International Law*. Vol. 13 (2002). No. 4. Pp. 877-893.

# Prospects for Criminal Prosecution of George W. Bush (Summary)

*Svetlana V. Shatalova\**

The author explores legal prospects for criminal prosecution of George W. Bush in foreign courts for sanctioning the use of “enhanced interrogation techniques” to extract information from detainees in U.S. special prisons. She analyses whether decision by former U.S. president to authorize torture against suspected terrorists can be qualified as his “official acts” covered by functional immunity. The purpose of the article is to establish the potential existence of a rule of customary international law providing for an exception from immunity of ex-heads of state who have committed international crimes, in particular, torture. In order to do that, the author analyses national jurisprudence (criminal cases against A.Pinochet, H.Habré and D.Bauterse), decisions by international courts, non-official codifications of international law of immunities, and legal writings. She also studies the question of whether commission of international crimes entails the exception from state immunity and immunity of state officials *ratione materiae* from foreign civil jurisdiction.

**Keywords:** functional immunity of state officials; extraterritorial criminal jurisdiction; international crimes; official/private acts; immunity *ratione materiae*; U.N. Convention against Torture.

---

\* Svetlana V. Shatalova – Second Secretary, Embassy of the Russian Federation in the United States of America, postgraduate student of the Chair of International Law, MGIMO-University MFA Russia. taurussvet@hotmail.com.