

## Избирательное сближение? Права человека и гуманитарное право

**Кордула Дрёге\***

Д-р Кордула Дрёге является юридическим советником Юридического отдела Международного Комитета Красного Креста.

### **Краткое содержание**

*В большинстве случаев взаимодействие между международным гуманитарным правом и международным правом прав человека характеризуется взаимодополняемостью и взаимным влиянием. В некоторых обстоятельствах, когда между двумя сводами права существует противоречие, верховенство приобретает более конкретная и специализированная норма (*lex specialis*). Автор делает попытку ответить на вопрос о том, какой из этих сводов права и в каких ситуациях является более специальным. Кроме того, в статье рассматривается процессуальный аспект этого взаимодействия, в частности в том, что касается норм, регулирующих проведение расследований предполагаемых нарушений, доступность судебных органов для предполагаемых жертв и возмещение ущерба в случае правонарушений.*

\* Точка зрения, выраженная в настоящей статье, принадлежит только ее автору и не обязательно отражает позицию МККК. Некоторые части статьи воспроизведены из работы «The Interplay between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflict», *Israel Law Review*, Vol. 40 (2007), pp. 310–55.



Традиционно международное право прав человека (МППЧ)<sup>1</sup> и международное гуманитарное право (МГП)<sup>2</sup> считаются двумя различными сводами права с разными объектами рассмотрения и разными истоками, и в течение долгого времени они развивались, несильно влияя друг на друга. Такая ситуация изменилась. Историческое развитие и недавние судебные процессы свидетельствуют о том, что, каковы бы ни были соглашения правительств в 1864, 1907 и 1949 гг., сейчас совершенно очевидно, что право прав человека стало дополнять гуманитарное право во время вооруженных конфликтов. В международной юриспруденции судебная практика, имевшая место после доклада Европейской комиссии по правам человека о Северном Кипре после вторжения Турции<sup>3</sup> и вплоть до более поздних судебных процессов на национальном и международном уровнях по вопросам о палестинских территориях, ситуации в Ираке, Демократической Республике Конго и Чечне, не оставляет сомнений относительно применимости прав человека к ситуациям вооруженного конфликта.

Короче говоря, эти режимы пересекаются, но поскольку изначально не предполагалось, что они обязательно будут пересекаться, возникает вопрос о том, как можно добиться их согласованности и гармонизации. Как пишет Боте,

«способствующие этому события, соответствующая обстановка и идеи являются ключевыми факторами в развитии международного права. Этим фактом объясняется фрагментация международного права и существование множества договорных режимов, касающихся каких-то определенных проблем и установленных по конкретным случаям. Но поскольку все взаимосвязано и взаимозависимо, эти режимы пересекаются. Потом оказалось, что нормы не обязательно соответствуют друг другу, однако могут и усиливать друг друга. Таким образом, встает

- 1 В настоящей статье термины «международное право прав человека», «право прав человека» и «права человека» имеют одинаковое значение.
- 2 В настоящей статье термины «международное гуманитарное право», «гуманитарное право» и «право вооруженных конфликтов» имеют одинаковое значение.
- 3 См., например: Report of the European Commission of Human Rights, *Cyprus v. Turkey*, Appl. No. 6780/74 and 6950/75, Eur Comm HR Decisions and Reports (далее — DR) 125; European Court of Human Rights (далее — ECtHR), *Cyprus v. Turkey*, Judgment of 10 May 2001, Reports of Judgments and Decisions (далее — Reports) 2001-IV.

вопрос, существует ли конфликт и напряженность или взаимное усиление различных режимов?»<sup>4</sup>

Все еще предстоит обсудить, *каким образом* права человека и гуманитарное право могут применяться согласованно в ситуациях вооруженного конфликта. Судебная практика нескольких последних лет в значительной степени изменилась, и право постоянно развивается. Судебная практика по конкретным делам, надо надеяться, постепенно обеспечит большую ясность. К настоящему времени некоторые области становятся яснее, а в других областях еще только складываются определенные модели, которые нельзя назвать устоявшимися.

Цель настоящей статьи заключается в том, чтобы выявить отдельные параметры, которые могут послужить фундаментом для формирования принципов взаимодействия между правами человека и гуманитарным правом в определенной ситуации. Действительно, две основные концепции должны регулировать взаимодействие между этими отраслями прав: взаимодополняемость и взаимовлияние соответствующих норм в большинстве случаев, а в некоторых случаях верховенство более специальной нормы (*lex specialis*), если существует противоречие между двумя сводами права. Вопрос заключается в следующем: в каких ситуациях один из этих двух сводов права является более специальным?

И наконец, будет рассмотрен процессуальный аспект, потому что именно здесь взаимодействие между правами человека и гуманитарным правом имеет наиболее практическое значение: какие нормы регулируют расследования предполагаемых нарушений, доступ к судебным органам для предполагаемых жертв и возмещение ущерба в случае правонарушений?

## **Частичное совпадение международного права прав человека и международного гуманитарного права в ситуациях вооруженного конфликта**

### Сближение прав человека и гуманитарного права

Кроме общего гуманистического идеала у международного права прав человека и международного гуманитарного права было мало общего

4 Michael Bothe, «The historical evolution of international humanitarian law, international human rights law, refugee law and international criminal law», in Horst Fischer, Ulrike Froissart, Wolff Heintschel von Heinegg and Christian Raap (eds.), *Crisis Management And Humanitarian Protection*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2004, p. 37.

при их возникновении. Теоретические основы и мотивация обоих сводов права были разными.

Цель современных прав человека заключается в том, чтобы установить справедливые отношения между государством и его гражданами, ограничить власть государства над отдельным лицом<sup>5</sup>. Изначально права человека были предметом рассмотрения конституционного права, внутренним делом государства и его отношений со своими гражданами. Международное регулирование рассматривалось бы как вмешательство в сферу компетенции исключительно самого государства. Если не считать права на защиту меньшинств после Первой мировой войны, права человека оставались предметом рассмотрения национального права вплоть до окончания Второй мировой войны. Затем, начиная с принятия Всеобщей декларации прав человека в 1948 г., они стали частью международного права.

Гуманитарное право в свою очередь основывалось прежде всего на ожидании взаимности в действиях двух воюющих сторон и на понятиях рыцарства и цивилизованного поведения<sup>6</sup>. Оно не было результатом борьбы между лицами, претендующими на определенные права, но проистекало из принципа милосердия — «*inter arma caritas*»<sup>7</sup>. Основной мотивировкой был принцип гуманности, а не принцип прав, и его развитие стало возможно благодаря идее взаимности в действиях государств, касающихся обращения с солдатами друг друга<sup>8</sup>. Соображения военной стратегии и взаимности исторически были главными факторами в процессе его развития<sup>9</sup>. В то время как права человека были внутренним делом государства, международное гуманитарное право, в силу самого своего характера, произрастало из отношений

5 См. краткий обзор: Louise Doswald-Beck and Sylvain Vité, «International Humanitarian Law and Human Rights Law», *International Review of the Red Cross*, No. 293 (March–April 1993), pp. 94–119.

6 См., например: Lieber Code: United States War Department, Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field, General Orders No. 100, 24 April 1863, reprinted in Dietrich Schindler and Jiri Toman (eds.), *The Laws of Armed Conflicts*, 3rd edn (1988).

7 Использованное впервые в качестве эпиграфа на титульном листе книги «*Mémorial des vingt-cinq premières années de la Croix-Rouge, 1863–1888*», опубликованной Международным Комитетом Красного Креста по случаю 25-й годовщины основания Комитета, это выражение была «принято на вооружение» Комитетом 18 сентября 1888 г. по предложению Гюстава Муанье. Сейчас оно является девизом Международного Комитета Красного Креста: см. Устав Международного Комитета Красного Креста 1973 г., статья 3 (2).

8 См.: Женевская конвенция (I) об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях от 12 августа 1949 г. (далее — Женевская конвенция I); Theodor Meron, «On the inadequate reach of humanitarian and human rights law and the need for a new instrument», *American Journal of International Law*, Vol. 77 (1983), p. 592.

9 Theodor Meron, «The humanization of humanitarian law», *American Journal of International Law*, Vol. 94 (2000), p. 243.

между государствами, из международного права (даже несмотря на то что некоторые из его первых документов, такие как Кодекс Либера, предназначались для гражданской войны).

После Второй мировой войны защита гражданских лиц в соответствии с Женевской конвенцией IV, хотя она предназначалась в основном гражданским лицам стороны противника или третьих сторон, добавила такое измерение гуманитарному праву, которое сильно сблизило его с идеей права прав человека, особенно в том, что касается гражданских лиц, содержащихся под стражей. Здесь гуманитарное право стало применяться в сфере, традиционно принадлежащей правам человека, а именно в сфере отношений между государством и его гражданами. Кодификация статьи 3, общей для четырех Женевских конвенций 1949 г., также сблизила два свода права, так как она касалась обращения государства с его собственными гражданами. Но хотя Всеобщая декларация прав человека была принята в 1948 г., всего лишь за год до кодификации Женевских конвенций, история составления этих документов свидетельствует о том, что разработка Декларации и разработка Женевских конвенций велись независимо друг от друга. В то время как в программных политических заявлениях говорилось об общем идеале двух сводов права, не было понимания того, что их сферы применения будут частично совпадать. В то время, вероятно, не предполагалось, что права человека будут применяться к ситуациям вооруженного конфликта, во всяком случае, не к ситуациям международных вооруженных конфликтов<sup>10</sup>. И все же в ходе обсуждений Всеобщей декларации явно чувствовалась память о недавно закончившейся войне. Вероятно, правильно будет сказать, что «при обсуждении каждого из прав [делегаты] возвращались к опыту войны как к эпистемологическому обоснованию каждого конкретного права»<sup>11</sup>. Многие из самых тяжких преступлений, которые обсуждались делегатами, происходили на оккупированных территориях. Даже при этом Всеобщая декларация предназначалась для мирного времени, поскольку именно мира должна была добиваться Организация Объединенных Наций.

Поскольку четыре Женевские конвенции составлялись в конце 1940-х гг. с некоторой поспешностью, оставалась все еще возможность для их развития и улучшения, особенно в том, что касается немежду-

10 Кольб, Робер. Взаимосвязь международного гуманитарного права и права прав человека. Из истории создания Всеобщей декларации прав человека и Женевских конвенций // Международный журнал Красного Креста. 1998. № 22, сентябрь.

11 Johannes Morsink, «World War Two and the Universal Declaration», *Human Rights Quarterly*, Vol. 15 (1993), p. 358.

народных вооруженных конфликтов. Но развитие гуманитарного права остановилось после XIX Международной конференции Красного Креста и Красного Полумесяца, состоявшейся в Нью-Дели в 1957 г. И хотя Конференция приняла «Проект норм, ограничивающих опасности, которым подвергается гражданское население во время войны»<sup>12</sup>, составленный Международным Комитетом Красного Креста (МККК), эта инициатива не получила развития.

С другой стороны, в Организации Объединенных Наций государства постепенно начали указывать на актуальность прав человека во время вооруженных конфликтов. Уже в 1953 г. Генеральная Ассамблея ссылалась на права человека в связи с конфликтом в Корее<sup>13</sup>. После вторжения советских войск в Венгрию в 1956 г. Совет Безопасности ООН призвал Советский Союз и власти Венгрии «уважать... основные права человека и свободы венгерского народа»<sup>14</sup>. Ситуация на Ближнем Востоке особенно способствовала тому, чтобы возникло желание обсудить права человека в условиях вооруженного конфликта.

В 1967 г. Совет Безопасности в связи с положением на территориях, оккупированных Израилем после Шестидневной войны, четко заявил, что «существенные и неотъемлемые права человека должны уважаться даже в ходе превратностей войны»<sup>15</sup>. Через год Тегеранская международная конференция по правам человека знаменовала собой решительный шаг, посредством которого Организация Объединенных Наций согласилась, в принципе, с применением прав человека во время вооруженных конфликтов. Первая резолюция Международной конференции, озаглавленная «Уважение и применение прав человека на оккупированных территориях», призывала Израиль применять на оккупированных палестинских территориях как Всеобщую декларацию прав человека, так и Женевские конвенции<sup>16</sup>. Затем последовала резолюция «Соблюдение прав человека во время вооруженных конфликтов», в которой говорилось, что «даже в периоды вооруженных

12 Текст см.: Schindler and Jiri Toman (eds.), *Droit des Conflits Armés* (1996), p. 251.

13 Речь идет о зверствах, совершенных силами Северной Кореи и коммунистического Китая в отношении военнопленных США в Корее. Резолюция ГА ООН 804 (VIII), UN Doc. A/804/VIII, 3 декабря 1953 г. (об обращении северокорейских и китайских сил с захваченными солдатами и гражданскими лицами).

14 Резолюция ГА ООН 1312 (XIII), UN Doc. A/38/49, 12 декабря 1958 г.

15 Резолюция СБ ООН 237, преамбула, ч. 2, UN Doc. A/237/1967, 14 июня 1967 г.; См. также: резолюция ГА ООН 2252 (ES-V), UN Doc. A/2252/ESV, 4 июля 1967, которая содержит ссылку на эту резолюцию.

16 Заключительный акт Международной конференции по правам человека, UN Doc. A/Conf.32/41, 22 апреля — 13 мая 1968 г.

конфликтов должны преобладать гуманитарные принципы». Это было подтверждено резолюцией Генеральной Ассамблеи 2444 от 19 декабря 1968 г., которая носила такое же название. В резолюции Генеральному секретарю поручалось составить доклад о мерах, которые должны быть приняты для защиты всех лиц во время вооруженного конфликта. В его двух докладах был сделан вывод о том, что международные документы по правам человека, особенно Международный пакт о гражданских и политических правах (МПГПП), который еще даже не вступил в силу в то время, предоставляли более полную защиту лицам во время вооруженных конфликтов, чем только Женевские конвенции<sup>17</sup>. Генеральный секретарь даже упомянул систему предоставления государствами докладов в соответствии с Пактом, еще не вступившим в силу. Эта система, как он думал, «может оказаться ценной в связи с периодами вооруженных конфликтов»<sup>18</sup>, предвосхитив, таким образом, более позднюю практику Комитета по правам человека.

Вслед за двумя докладами Генерального секретаря Генеральная ассамблея ООН подтвердила в своей резолюции «Основные принципы защиты гражданского населения в период вооруженных конфликтов», что «[о]сновные права человека в том виде, как они признаны в международном праве и изложены в международных документах, продолжают полностью применяться в ситуациях вооруженного конфликта»<sup>19</sup>. Приблизительно в это время один обозреватель писал: «...два свода права встретились, быстро сплаваются и... в целом ряде случаев на практике режим права прав человека устанавливает общее направление и цели пересмотра права войны»<sup>20</sup>.

Дипломатическая конференция по подтверждению и развитию международного гуманитарного права, заседания которой проходили с 1974 по 1977 г., частично была реакцией на процесс, проходящий в ООН. МККК, в частности, мог теперь вновь оживить процесс развития международного гуманитарного права, чтобы сделать более эффективной защиту гражданских лиц во время не только международных, но и немеждународных вооруженных конфликтов.

17 Report on Respect for Human Rights in Armed Conflict, UN Doc. A/7720, 20 November 1969, esp. ch. 3; Report on Respect for Human Rights in Armed Conflict, paras. 20–29, annex 1, UN Doc. A/8052, 18 September 1970.

18 Ibid., para. 29.

19 Резолюция ГА ООН 2675 (XXV), Основные принципы защиты гражданского населения в период вооруженных конфликтов (9 декабря 1970 г.).

20 G. I. A. D. Draper, «The relationship between the human rights regime and the laws of armed conflict», *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 1 (1971), p. 191.

Дипломатическая конференция и ее результаты — два Дополнительных протокола 1977 г., — несомненно, обязаны правам человека: отдельные права, которые допускают отступления от обязательств в соответствии с правом прав человека, стали правами, не допускающими таких отступлений в качестве гарантий, предоставляемых гуманитарным правом. Оба Дополнительных протокола признают применение прав человека во время вооруженных конфликтов<sup>21</sup>. Хотя на ранних стадиях обсуждения<sup>22</sup> МККК не придерживался такого курса, позже он согласился с тем, что «[п]рава человека продолжают применяться одновременно [с МГП] в период вооруженного конфликта»<sup>23</sup>. С тех пор применимость прав человека во время вооруженного конфликта признается в международном гуманитарном праве, даже если детали их взаимодействия все еще дискутируются. Действительно, Совет Безопасности<sup>24</sup>, Генеральная Ассамблея<sup>25</sup> и Комиссия по правам человека<sup>26</sup> постоянно принимали резолюции, которые подтверждали или подразумевали

- 21 Статья 72 Дополнительного протокола I к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г., касающегося защиты жертв международных вооруженных конфликтов от 12 декабря 1977 г. (далее — Дополнительный протокол I); Преамбула Дополнительного протокола II к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г., касающегося защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера от 12 декабря 1977 г. (далее — Протокол II).
- 22 ICRC, Draft Additional Protocols to The Geneva Conventions of August 12, 1949 — Commentary 131, 1973; см. также: Jean Pictet, *Humanitarian Law and the Protection of War Victims*, Sijthoff D. Henry Dunant Institute, Leyden/Geneva 1975, p. 15. Можно предположить, что существовала и институциональная причина того, что МККК держался на некотором расстоянии от права прав человека, которые ассоциировались с «политизированными» учреждениями Организации Объединенных Наций.
- 23 *Комментарий к Дополнительным протоколам от 8 июня 1977 г. к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г. Комментарий к Дополнительному протоколу II* / Редакторы Ив Сандо, Кристоф Свинарски, Бруно Циммерман. Москва, МККК, 1998. См., в частности, ч. 4429.
- 24 Резолюции СБ ООН: 1019, UN Doc. S/RES/1019 (9 ноября 1995 г.); 1034, UN Doc. S/RES/1034 (21 декабря 1995 г.) (касательно бывшей Югославии); 1635, UN Doc. S/RES/1635 (28 октября 2005 г.) и 1653, UN Doc. S/RES/1653 (27 января 2006 г.) (Регион Великих Озер).
- 25 Резолюции ГА ООН: 2546 (XXIV), UN Doc. A/RES/2546/XXIV (11 декабря 1969 г.) (оккупированные Израилем территории); 3525 (XXX), UN Doc. A/RES/3525/XXX (15 декабря 1975 г.) (оккупированные Израилем территории); 50/193, UN Doc. A/RES/50/193 (22 декабря 1995 г.) (бывшая Югославия); 3525 (XXX), UN Doc. A/3525 (15 декабря 1975 г.) (оккупированные Израилем территории); 46/135, UN Doc. A/RES/46/135 (19 декабря 1991 г.) (Кувейт в период иракской оккупации); 52/145, UN Doc. A/RES/52/145 (12 декабря 1997 г.) (Афганистан).
- 26 Комиссия по правам человека, Резолюции и решения, см., например: UN Docs E/CN.4/1992/84 (3 марта 1992 г.) (Ирак); E/CN.4/2003/77 (25 апреля 2003 г.) (Афганистан), A/E/CN.4/RES/2003/16 (17 апреля 2003 г.) (Бурунди); E/CN.4/RES/2001/24 (20 апреля 2001 г.) (Российская Федерация); E/CN.4/RES/2003/15 (17 апреля 2003 г.) (Конго); и доклады Комиссии по правам человека: OHCHR/STM/CHR/03/2 (2003) (Колумбия); OHCHR/STM/CHR/03/3 (2003) (Тимор Лесте); см. также: Доклад о положении в области прав человека в Кувейте в период иракской оккупации, подготовленный Специальным докладчиком Комиссии по правам человека г-ном Вальтером Келином, UN Doc. E/CN.4/1992/26 (16 января 1992 г.).



применимость права прав человека во время вооруженных конфликтов. Организация Объединенных Наций провела также расследования случаев нарушений прав человека, например, в связи с конфликтами в Либерии<sup>27</sup> и Сьерра-Леоне<sup>28</sup>, военной оккупацией палестинских территорий Израилем<sup>29</sup> и военной оккупацией Кувейта Ираком<sup>30</sup>. Совет Безопасности рассматривал также вопрос о нарушениях прав человека «ополченцами и иностранными вооруженными группами» в Демократической Республике Конго<sup>31</sup>.

Применение договоров по правам человека в ситуациях вооруженного конфликта подтверждается также существованием положений, допускающих отступления (хотя и подлежащие ограничениям) от обязательств по правам человека во время чрезвычайных обстоятельств, что явным образом или имплицитно включает ситуации войны<sup>32</sup>. И наконец, некоторые более поздние международные договоры и документы содержат в себе или черпают положения как из права прав человека, так и из международного гуманитарного права. Так обстоят дела с Конвенцией о правах ребенка 1989 г.<sup>33</sup>, Римским статутом Международного уголовного суда<sup>34</sup>, Факультативным протоколом к Конвенции о правах ребенка, касающимся участия детей в воору-

- 27 Доклад Генерального секретаря о миссии наблюдателей Организации Объединенных Наций в Либерии, UN Doc. S/1996/47, 23 января 1996 г.
- 28 Доклад Генерального секретаря о миссии наблюдателей Организации Объединенных Наций в Сьерра-Леоне, UN Doc. S/1998/750, 12 августа 1998 г.
- 29 Резолюция Комиссии по правам человека, UN Doc. E/CN.4/S/5/1, 19 октября 2000 г.
- 30 Резолюция Комиссии по правам человека, UN Doc. E/CN.4/1991/74, 6 марта 1991 г.
- 31 Резолюция СБ ООН 1649, UN Doc. S/RES/1649, 21 декабря 2005 г. (Ситуация в отношении Демократической Республики Конго), преамбула, ч. 4 и 5.
- 32 Международный пакт о гражданских и политических правах, статья 4, 16 декабря 1966 г., (далее — МПГПП); Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод, статья 15, 3 сентября 1953 г. (далее — ЕКПЧ); и Американская конвенция о правах человека, статья 27, 1144 UNTS 123, 22 ноября 1969 г. (далее — АКПЧ). Статья 27 АКПЧ сформулирована практически так же, как статья 4 МПГПП; см. также: UN Doc. E/CN.4/SR.195, 1950, ч. 23; UN Doc. E/CN.4/SR.196, 1950, ч. 3; UN Doc. E/CN.4/SR.196, 1950, ч. 5. То, что термин «война» не употребляется в МПГПП, не означает, что отступления не предполагались для ситуаций вооруженного конфликта, о чем говорит история составления текста. Действительно, составители включили в статью 4 положение о недопустимости дискриминации, но намеренно не упомянули дискриминацию на основании гражданства — для того чтобы допустить дискриминацию в отношении граждан государства противника, UN SCOR, 14th Sess, Supp No. 4, paras. 279–280; UN Doc. E/2256-E/CN.4/669, 1952. См. также: UN Doc. A/C.3/SR.1262, 1963, где было подчеркнуто, что статья 4 может применяться только на территории государства (Румыния), ч. 46, UN Doc. A/C.3/SR.1261, 1963.
- 33 Конвенция о правах ребенка 1989 г., статья 38, 20 ноября 1989 г., (далее — КПП).
- 34 Римский статут Международного уголовного суда 1998 г.

женных конфликтах<sup>35</sup>, Основными принципами и руководящими положениями, касающимися права на правовую защиту и возмещение ущерба для жертв грубых нарушений международных норм в области прав человека и серьезных нарушений международного гуманитарного права<sup>36</sup>, и самым последним документом — проектом Конвенции о правах инвалидов<sup>37</sup>.

## Международная судебная практика

Еще одним фактором, способствовавшим признанию того, что право прав человека применяется во время вооруженных конфликтов, является обширная судебная практика универсальных и региональных органов по правам человека.

Комитет по правам человека ООН в своих заключительных замечаниях относительно докладов, представленных государствами, а также в своих заключениях по отдельным делам применял МППП в отношении ситуаций как немеждународных, так и международных вооруженных конфликтов<sup>38</sup>. То же можно сказать относительно заключительных замечаний Комитета ООН по экономическим и социальным правам<sup>39</sup>, Комитета по ликвидации расовой дискриминации<sup>40</sup>, Комитета по ликвидации дискриминации в отно-

35 Факультативный протокол 2001 г. к Конвенции о правах ребенка от 20 ноября 1989 г., касающийся участия детей в вооруженных конфликтах.

36 Приняты резолюцией ГА ООН 60/147 16 декабря 2006 г., UN Doc. A/RES/60/147, 21 марта 2006 г.

37 Принят резолюцией ГА ООН 61/106, UN Doc. A/RES/61/106, 13 декабря 2006 г., см., в частности, статью 11.

38 Concluding Observations: Democratic Republic of Congo, UN Doc. CCPR/C/COD/CO/3, 26 April 2006; Комитет по правам человека, Заключительные замечания: Бельгия, UN Doc. CCPR/CO/81/BEL, 12 августа 2004 г.; Colombia, UN Doc. CCPR/CO/80/COL, 26 May 2004; Sri Lanka, UN Doc. CCPR/CO/79/LKA, 1 December 2003; Israel, UN Doc. CCPR/CO/78/ISR, 21 August 2003; Guatemala, UN Doc. CCPR/CO/72/GTM, 27 August 2001; Netherlands, UN Doc. CCPR/CO/72/NET, 27 August 2001; Belgium, 14, UN Doc. CCPR/C/79/Add.99, 19 November 1998; Israel, UN Doc. CPR/C/79/Add.93, 18 August 1998; United States of America, UN Doc. CCPR/C/USA/CO/3/Rev1, 18 December 2006; United Kingdom, UN Doc. CCPR/C/GBR/CO/6, 30 July 2008; *Sarma v. Sri Lanka*, UN Doc. CCPR/C/78/D/950/2000, 31 July 2003; *Bautista v. Colombia*, UN Doc. CCPR/C/55/D/563/1993, 13 November 1995; *Guerrero v. Colombia*, Communication No. R.11/45, UN Doc. Supp. No. 40 (A/37/40), 31 March 1982.

39 Комитет по экономическим, социальным и культурным правам, Заключительные замечания: Колумбия, UN Doc. E/C.12/1/Add.74, 30 ноября 2001 г.; Гватемала, UN Doc. E/C.12/1/Add.93, 12 декабря 2003 г.; Израиль, UN Doc. E/C.12/1/Add.90, 23 мая 2003 г.

40 Комитет по ликвидации расовой дискриминации, Заключительные замечания: Израиль, UN Doc. CERD/C/304/Add.45, 30 марта 1998 г.

шении женщин<sup>41</sup> и Комитета по правам ребенка<sup>42</sup>. Европейский суд по правам человека признал применимость Европейской конвенции как во время немеждународных вооруженных конфликтов<sup>43</sup>, так и в ситуациях оккупации во время международных вооруженных конфликтов<sup>44</sup>. Межамериканская комиссия и Суд признали применимость Американской декларации прав и обязанностей человека и Американской конвенции о правах человека к ситуациям вооруженных конфликтов<sup>45</sup>.

В решениях Международного суда нашла отражение судебная практика органов по правам человека. Впервые утверждение о применимости прав человека к ситуациям вооруженного конфликта со ссылкой на МППП можно обнаружить в Консультативном заключении 1996 г. относительно законности угрозы ядерным оружием или его применения:

«Суд отмечает, что защита, обеспечиваемая Международным пактом о гражданских и политических правах, не прекращается во время войны, за исключением действия статьи 4 Пакта, согласно которой во время чрезвычайного положения в государстве допускается отступление от некоторых его положений. Однако норма, касающаяся уважения права на жизнь, не относится к числу таких положений. В принципе право не быть произвольно лишенным жизни применяется и в период военных действий. Тем не менее понятие произвольного лишения жизни

- 41 Комитет по ликвидации дискриминации в отношении женщин, Заключительные замечания: Шри Ланка, ч. 256–302, UN Doc. A/57/38 (Part I), 7 мая 2002 г.; Демократическая Республика Конго, ч. 194–238, UN Doc. A/55/381, февраль 2000 г.; Колумбия, ч. 337–401, UN Doc. A/54/38, 4 февраля 1999 г.
- 42 Комитет по правам ребенка, Заключительные замечания: Демократическая Республика Конго, UN Doc. CRC/C/15/Add.153, 9 июля 2001 г.; Шри Ланка, UN Doc. CRC/C/15/Add.207, 2 июля 2003 г.; Колумбия, UN Doc. CRC/C/COL/CO/3, 8 июня 2006 г.
- 43 См., например: ЕСПЧ, «Исаева, Юсупова и Базаева против России», Решение от 24 февраля 2005 г.; «Исаева против России», Решение от 24 февраля 2005 г.; *Ergi v. Turkey*, Judgment of 28 July 1998, Reports 1998-IV; *Ahmet Özkan and others v. Turkey*, Judgment of April 6, 2004.
- 44 «Кипр против Турции», см. примечание 3 выше; дополнительную информацию см.: *Рейди, Айслинг*. Подход Европейской комиссии и Суда по правам человека к международному гуманитарному праву // Международный журнал Красного Креста. 1998. № 22. С. 619–637.
- 45 Inter-American Court of Human Rights (hereinafter I/A Ct HR), *Bámaca Velásquez v. Guatemala*, Judgment of 25 November 2000, Series C No. 70, para. 209; Inter-American Commission on Human Rights (hereinafter I/A Cm HR) *Coard v. the United States of America*, Case 10.951, OEA Doc. OEA/ser. L/V/II.106.doc.3rev, 1999, para. 37; *Alejandro v. Cuba*, Case 11.589, Report No. 86/99, OEA/Ser. L/V/II.106 Doc. 3 rev, 1999; *Victor Saldaño v. Argentina*, Report No. 38/99, OEA/Ser. L/V/II.95, Doc. 7 rev at 289, 1998, para. 18; *Rafael Ferrer-Matorra and others v. the United States*, Case No. 9903, Report No. 51/01, OEA/Ser. L/V/II.111, Doc. 20 rev 289, 1980, para. 179; *Request for Precautionary Measures Concerning the Detainees at Guantánamo Bay, Cuba*, Decision of 12 March 2002, 41 ILM 532.

в таком случае определяется применимым *lex specialis*, а именно правом, применимым в период вооруженного конфликта и предназначенным регулировать порядок ведения военных действий. Следовательно, вопрос о том, должен ли какой-либо конкретный случай утраты жизни в результате применения определенного вида оружия в ходе военных действий расцениваться как произвольное лишение жизни в нарушение статьи 6 Пакта, может быть решен только путем отсылки к праву, применимому в период вооруженного конфликта, а не на основании положений самого Пакта»<sup>46</sup>.

В Консультативном заключении о правовых последствиях строительства стены на оккупированной палестинской территории (дело о строительстве стены) Суд распространил этот аргумент на общее применение прав человека во время вооруженного конфликта:

«В более общем плане Суд считает, что защита, обеспечиваемая конвенциями по правам человека, не прекращается во время вооруженного конфликта, за исключением того, что вытекает из положений об отступлении такого рода, которое содержится в статье 4 Международного пакта о гражданских и политических правах. Что касается взаимосвязи между международным гуманитарным правом и стандартами в области прав человека, то существуют, таким образом, три возможные ситуации: одни права могут быть исключительно вопросами международного гуманитарного права; другие могут быть исключительно вопросами стандартов в области прав человека; третьи могут быть вопросами, охватываемыми обеими этими отраслями международного права. Чтобы ответить на поставленный перед ним вопрос, Суд должен принять во внимание обе эти отрасли международного права, а именно стандарты в области прав человека и — как *lex specialis* — международное гуманитарное право»<sup>47</sup>.

Суд подтвердил это заявление в деле, касающемся территории на востоке Конго, оккупированной Угандой («ДРК против Уганды»).

46 Международный суд (далее — МС). Законность угрозы ядерным оружием или его применения, Консультативное заключение от 8 июля 1996 г., ч. 25 (Консультативное заключение о ядерном оружии).

47 МС, Правовые последствия строительства стены на оккупированной палестинской территории, Консультативное заключение от 9 июля 2004 г. [2004], ч. 106 (далее — дело о строительстве стены).

В этом судебном решении он повторил утверждение Консультативного заключения в деле о строительстве стены, где сказано, что международное право прав человека применяется в отношении действий, совершаемых государством при осуществлении его юрисдикции за пределами собственной территории и в частности на оккупированных территориях<sup>48</sup>. Тем самым он четко заявил, что его предыдущее Консультативное заключение в отношении оккупированных палестинских территорий не может объясняться долговременным присутствием Израиля на этих территориях<sup>49</sup>, поскольку Уганда не осуществляла такого долговременного и прочного присутствия на востоке Демократической Республики Конго. Это, скорее, четкое признание Судом того, что права человека применяются в период военной оккупации.

## Экстерриториальное применение прав человека

Как и Международный суд, правозащитные органы применяли право прав человека не только к ситуациям вооруженного конфликта в пределах одной страны, но и к ситуациям вооруженного конфликта за границей. Экстерриториальное распространение действия прав человека вызвало в недавнее время, особенно с вооруженными конфликтами в Ираке и Афганистане, некоторые разногласия.

В то время как Международный суд, как это объяснялось ранее, подтверждает применимость прав человека экстерриториально в качестве общего принципа, аргументы, касающиеся этого вопроса, сконцентрированы на формулировках различных договоров и должны рассматриваться отдельно.

## Международный пакт о гражданских и политических правах

Наиболее ограничительное положение о применении международных договоров по правам человека содержит МПГПП, поскольку его статья 2 (1) ограничивает применение Пакта обязательством государства уважать права человека и обеспечивать их соблюдение «в преде-

48 ICJ, *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (DRC v. Uganda)*, Judgment of 19 December 2005, para. 216 (далее — «ДПК против Уганды»).

49 Как об этом говорит Майкл Дж. Деннис: Michael J. Dennis, «Application of human rights treaties extraterritorially in times of armed conflict and military occupation», *American Journal of International Law*, Vol. 99 (2005), p. 122.

лах его территории под его юрисдикцией». Обычно это положение означает, что оба критерия применяются в совокупности. Однако Комитет по правам человека истолковал это положение как относящееся к лицам, которые находятся *либо* «в пределах его территории», *либо* «под его юрисдикцией», а лица, находящиеся под юрисдикцией государства, понимаются как любые лица, находящиеся «в пределах компетенции или эффективного контроля» государства<sup>50</sup>.

Судебная практика в этой области начинается с дел, которые никак не связаны с вооруженными конфликтами. Они касаются похищения оппозиционеров за пределами страны-участника агентами секретных служб. Одним из первых дел, связанных с нарушениями МПГПП, совершенными агентами государства на иностранной территории, является дело «Лопес Бургос против Уругвая»<sup>51</sup>. Похищенный в Буэнос-Айресе уругвайскими службами истец тайно содержался под стражей в Аргентине до того, как его нелегально перевезли в Уругвай. Если бы Комитет применил Пакт, следуя буквальному значению статьи 2, то Уругвай нельзя было бы привлечь к ответственности. Вместо этого Суд использовал телеологический аргумент и принял ту точку зрения, что «было бы недобросовестно таким образом истолковывать ответственность по статье 2 Пакта, чтобы разрешать государству-участнику совершать такие нарушения Пакта на территории другого государства, какие оно не может совершать на своей собственной территории»<sup>52</sup>.

Имеющая уже достаточно долгую историю судебная практика Комитета по правам человека подтвердила такой подход. В частности, Комитет неоднократно применял Пакт к ситуациям военной оккупации<sup>53</sup> и в отношении национальных контингентов, принимающих участие в операциях по поддержанию мира<sup>54</sup>. Он кратко изложил свое толкование статьи 2 в тексте своего Замечания общего порядка № 31:

50 Замечание общего порядка № 31 [80], Характер общего юридического обязательства, налагаемого на государства — участники Пакта, UN Doc. CCPR/C/21/Rev1/Add.13, 26 мая 2004 г., ч. 10.

51 *López Burgos v. Uruguay*, UN Doc. CCPR/C/13/D/52/1979, 29 July 1981; см. также: *Celiberti v. Uruguay*, UN Doc. CCPR/C/13/D/56/1979, 29 July 1981.

52 *López Burgos v. Uruguay*, примечание 51 выше, ч. 12.3; *Celiberti v. Uruguay*, примечание 51 выше, ч. 10.3.

53 Human Rights Committee, Concluding Observations on Cyprus, UN Doc. CCPR/C/79/Add.39, 21 September 1994, para. 3; Concluding Observations on Israel, UN Doc. CCPR/C/79/Add.93, 18 August 1998, para. 10; Concluding Observations on Israel, UN Doc. CCPR/CO/78/ISR, 21 August 2003, para. 11.

54 Concluding Observations on Belgium, UN Doc. CCPR/C/79/Add.99, 19 November 1998, para. 14; Netherlands, UN Doc. CCPR/CO/72/NET, 27 August 2001, para. 8; Belgium, CCPR/CO/81/BEL, 12 August 2004, para. 6.

«Согласно пункту 1 статьи 2, от государств-участников требуется уважать и обеспечивать признаваемые в Пакте права всем лицам, находящимся в пределах их территории, и всем лицам, находящимся под их юрисдикцией. Это означает, что государство-участник обязано уважать и обеспечивать любому лицу, находящемуся в *пределах компетенции или эффективно-го контроля* этого государства-участника, права, признаваемые в Пакте, даже если лицо не находится на территории государства-участника... Этот принцип применим также к лицам, находящимся в *рамках компетенции или под эффективным контролем сил государства-участника, действующих за пределами его территории*, независимо от обстоятельств, при которых была установлена такая компетенция или эффективный контроль, как, например, в случае сил, представляющих собой национальный контингент государства-участника, выделенный для участия в международной операции по поддержанию или укреплению мира»<sup>55</sup> (курсив автора. — Примеч. редакции.)

На основании требования, касающегося осуществления *власти или эффективного контроля*, Комитет по правам человека принял экстерриториальную применимость Пакта в ситуациях двух типов: в случае контроля над территорией, например в случае оккупации, или контроля над отдельным лицом, например в случаях похищения.

Международный суд последовал подходу, принятому Комитетом по правам человека и, кроме того, руководствовался материалами подготовительной работы к Пакту:

«Материалы подготовительной работы в связи с Пактом подтверждают толкование Комитетом статьи 2 этого документа. Они показывают, что, принимая выбранную формулировку, авторы Пакта не намеревались позволять государствам уходить от их обязательств, когда они осуществляют юрисдикцию за пределами их национальной территории. Они лишь намеревались не допускать того, чтобы лица, проживающие за границей, настаивали — в отношении их государства происхождения — на правах, входящих в сферу компетенции не этого государства, а государства проживания»<sup>56</sup>.

55 Замечание общего порядка № 31, примечание 50 выше, ч. 10.

56 Дело о строительстве стены, примечание 47 выше, ч. 108–111.

Существуют значительные разногласия относительно истории составления Пакта, особенно между Комитетом по правам человека и Соединенными Штатами, поскольку последние придерживаются того мнения, что история составления документа очень четко свидетельствует о том, что не предусматривалось экстерриториального применения Пакта<sup>57</sup>. В ходе составления текста Соединенные Штаты выдвинули предложение о добавлении требования «в пределах его территории» к статье 2, в которой содержалось только требование «под его юрисдикцией»<sup>58</sup>. Элеонора Рузвельт, представитель США и тогдашний председатель Комиссии, подчеркнула, что Соединенные Штаты «были особенно заинтересованы» в том, чтобы не принимать на себя «обязательство обеспечить соблюдение признанных в нем прав для граждан стран, оккупированных Соединенными Штатами»<sup>59</sup>. Она объяснила, что

«цель предлагаемого дополнения [заключается в том, чтобы] четко определить, что проект Пакта будет применяться только по отношению к лицам на территории и в сфере юрисдикции договаривающихся сторон. Соединенные Штаты опасаются, что без такого дополнения проект Пакта может быть истолкован так, что договаривающиеся государства обязаны принять законодательство, касающееся лиц, которые, находясь за пределами его территории, формально находятся под его юрисдикцией для определенных целей. Иллюстрацией могут послужить оккупированные территории Германии, Австрии и Японии: лица, находящиеся в этих странах, подпадали в определенных отношениях под юрисдикцию оккупирующих государств, но на них не распространялось действие законодательств этих государств. Еще одним примером могут быть арендованные территории; некоторые страны взяли определенную террито-

57 Annex I: Territorial Scope of the Application of the Covenant, 2nd and 3rd periodic reports of the United States of America, Consideration of reports submitted by States parties under Article 40 of the Covenant, UN Doc. CCPR/C/USA/3, 28 November 2005; Краткий отчет о 2380-м заседании, 18 июля 2006 г., Второй и третий периодические доклады Соединенных Штатов Америки, UN Doc. CCPR/C/SR.2380, 27 июля 2006 г.; Human Rights First, Submission to the Human Rights Committee, 18 January 2006, p. 7, доступно по адресу: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ngos/hrfirst.doc>.

58 Compilation of the Comments of Governments on the Draft International Covenant on Human Rights and on the Proposed Additional Articles, UN ESCOR Hum Rts Comm, 6th Sess, UN Doc. E/CN.4/365, 1950, p. 14 (United States proposal).

59 Summary Record of the Hundred and Thirty-Eighth Meeting, UN ESCOR Hum Rts Comm, 6th Sess, 138th mtg, UN Doc. E/CN.4/SR.138, 1950, p. 10.



рию в аренду у других стран для каких-то ограниченных целей, и может возникнуть вопрос о коллидирующих полномочиях между страной арендодателем и страной арендатором»<sup>60</sup>.

Соединенные Штаты считали, что поправка необходима, «чтобы было ясно, что государство не обязано вводить законодательство в отношении его граждан, находящихся за пределами его территории»<sup>61</sup>. Соединенное Королевство придерживалось того же мнения и заявило, что «были случаи, когда такие граждане находились для определенных целей под их юрисдикцией, но власти соответствующего иностранного государства будут предпринимать действия, если один из них совершит правонарушение»<sup>62</sup>.

Однако в том, что касается *войск какого-либо государства на иностранной территории*, г-жа Рузвельт заявила, что «такие войска, хотя они и находятся за границей, остаются под юрисдикцией государства»<sup>63</sup>.

Если принять во внимание такой обмен репликами, станет ясно, что материалы подготовительной работы вряд ли смогут помочь. Действительно, хотя совершенно очевидно, что поправка «в пределах его территории» дополнила текст, для того чтобы существовало совокупное требование — территории и юрисдикции, причины, обусловившие эту поправку, связаны с очень конкретными ситуациями. Существовало опасение конфликта между юрисдикциями суверенных государств; не было причин, по которым одно государство могло бы вторгнуться на территорию другого, если это другое государство имело средства для обеспечения соблюдения прав человека. Это совершенно другой сценарий, если сравнивать его с тем, что предусматривалось в деле Лопеса Бургоса, или с ситуациями оккупации, когда место властей оккупированного государства занимают власти оккупирующего государства.

Подход Комитета по правам человека и Международного суда может, таким образом, быть оправданно в силу нескольких причин.

60 Summary Record of the Hundred and Thirty-Eighth Meeting, UN ECOSOC, Commission on Human Rights, UN Doc. E/CN.4/SR.138, 6 April 1950, p.10; см. также: Summary Record of the Hundred and Ninety-Third Meeting, E/CN.4/SR.193, 26 May 1950, para. 53, and Summary Record of the Hundred and Ninety-Fourth Meeting, E/CN.4/SR.194, 25 May 1950, paras. 14, 16, 25.

61 UN Doc. E/CN.4/SR.329, p. 10; см. также: Summary Record of the Hundred and Ninety-Fourth Meeting, UN Doc. E/CN.4/SR.194, 25 May 1950, para. 16.

62 UN Doc. E/CN.4/SR.329, p. 12.

63 Summary Record of the Hundred and Ninety-Fourth Meeting, E/CN.4/SR.194, 25 May 1950, para. 32.

Согласно статье 31 (1) Венской конвенции о праве договоров, «договор должен толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придавать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и целей договора». Представляется, что Комитет по правам человека принял этот подход в своих недавних замечаниях, поскольку он счел, что при добросовестном толковании Пакт должен применяться экстерриториально<sup>64</sup>. Более того, «подготовительная работа к принятию договора и обстоятельства его заключения» могут рассматриваться для целей толкования не только если значение неопределенно или неясно, но и если толкование в соответствии с обычным значением «приводит к результатам, которые являются явно абсурдными или неразумными» (статья 32). В этом смысле один член Комитета по правам человека написал в деле Лопеса Бургоса:

«Если толковать выражение «в пределах его территории» в соответствии с его строго буквальным значением как исключаящее какую-либо ответственность за поведение, имеющее место за пределами национальных границ, это *привело бы к абсолютно абсурдным результатам...* Однако никогда не предполагалось предоставить государствам-участникам неограниченных дискреционных полномочий осуществлять произвольные и преднамеренные посягательства на свободу и личную неприкосновенность их граждан, живущих за границей»<sup>65</sup> (курсив автора. — Примеч. редакции.)

Таким образом, даже при использовании материалов подготовительной работы, которые на первый взгляд указывают обратное, толкование Комитета по правам человека и Международного суда является убедительным, и Пакт следует понимать как применимый к лицам, находящимся за границей, когда они находятся под эффективным контролем государства-участника, по крайней мере тогда, когда этот контроль исключает контроль со стороны территориального государства.

64 «Государство-участник должно пересмотреть свой подход и толковать Пакт добросовестно в соответствии с обычным значением его терминов в их контексте, включая последующую практику, и в свете его объекта и цели». Concluding Observations on the United States of America, United States of America, UN Doc. CCPR/C/USA/CO/3/Rev1, 18 December 2006, para. 10.

65 *Lopez Burgos v. Uruguay*, примечание 51 выше. Частное мнение г-на Томушата (Tomuschat). Следует отметить, что Томушат исключил также ситуацию оккупации из сферы действия статьи 2 — вывод, который впоследствии не поддержал Комитет по правам человека.

## Европейская конвенция о правах человека

Европейская конвенция о правах человека опирается на более широкие условия применения, чем МПГПП, поскольку в соответствии со статьей 1 ЕКПЧ государства-участники «обеспечивают каждому человеку, находящемуся под их юрисдикцией, права», определенные в Конвенции<sup>66</sup>. История составления текста статьи 1 не дает четких указаний относительно значения этой статьи. В первом проекте говорилось «о всех лицах, проживающих на территории», эта формулировка была заменена, и теперь говорится о лицах «под их юрисдикцией». Соображения, послужившие причиной такого изменения, заключались в том, что слово «проживающие» могло быть слишком ограничительным и относиться только к лицам, на законных основаниях проживающим в пределах этой территории. Поэтому появилась формулировка «под их юрисдикцией», основывающаяся на статье 2 тогдашнего проекта Пакта о гражданских и политических правах, который обсуждался в Комиссии ООН<sup>67</sup>.

Поэтому Европейский суд по правам человека с большей готовностью применял Конвенцию экстерриториально, так как он просто должен был толковать значение термина «юрисдикция». Суд постановил в деле Лузиду, что если государство осуществляет *эффективный общий контроль над территорией*, — условие, которое четко выполняется в случае военной оккупации, — оно осуществляет юрисдикцию для целей статьи 1 Конвенции<sup>68</sup>. Суд обосновал аргумент, касающийся эффективного контроля, указав, что «любое другое решение привело бы к достойному сожаления вакууму в системе защиты прав человека на соответствующей территории, лишив лиц, находящихся там, преимуществ основных гарантий Конвенции и их права привлечь к ответственности Высокую Договаривающуюся Сторону за нарушение их прав в ходе судебного рассмотрения»<sup>69</sup>.

В деле Банковича Европейский суд ограничил свою юрисдикцию в отношении экстерриториального применения Конвенции. Дело

66 ЕКПЧ, статья 1.

67 *Collected Edition of the Travaux Préparatoires of the European Convention on Human Rights* (Vol. III, p. 260), cited in ECtHR, *Banković and others v. Belgium and others*, application No. 52207/99, Admissibility Decision [GC], 12 December 2001, para. 19.

68 ECtHR, *Loizidou v. Turkey* (Preliminary Objections), Judgment of 23 March 1995, Series A No. 310, para. 62; *Loizidou v. Turkey*, Judgment of 18 December 1996, Reports 1996-VI, para. 56; *Cyprus v. Turkey*, application No. 25781/99 above note 3, para. 77.

69 *Cyprus v. Turkey*, примечание 3 выше, ч. 78.

касалось бомбардировки с воздуха силами НАТО сербской радиотелевизионной станции. Суд считал, что такие бомбардировки не означали, что нападающие государства обладали юрисдикцией по смыслу статьи 1 ЕКПЧ; он постановил, что «если бы составители Конвенции хотели предусмотреть такую широкую сферу юрисдикции, за которую выступали истцы, они могли бы принять текст, аналогичный тексту статьи 1 четырех Женевских конвенций 1949 г. или сходный с ним»<sup>70</sup>. Суд увидел явную разницу между военными действиями во время международных вооруженных конфликтов, когда одно государство не контролирует другое во время сражения, и ситуацией оккупации. Затем он заявил:

«Коротко говоря, Конвенция является многосторонним договором, действующим, в соответствии со статьей 56 Конвенции, в основном в региональном контексте, а точнее, в правовом пространстве (*espace juridique*) Договаривающихся Государств. ФРЮ, очевидно, не попадает в это правовое пространство. Конвенция не была предназначена для применения во всем мире, даже в отношении поведения Договаривающихся Государств. Поэтому до сих пор Суд руководствовался желанием избежать пробела или вакуума в защите, предоставляемой правами человека, высказываясь в пользу установления юрисдикции, только когда соответствующая территория была той территорией, исключая особые обстоятельства, которая обычно бы входила в сферу действия Конвенции»<sup>71</sup>.

Эта аргументация свидетельствует о том, что Суд не будет считать, что государство осуществляет юрисдикцию, если оно осуществляет общий контроль над территорией за пределами Совета Европы<sup>72</sup>.

Однако последующие решения противоречат этому выводу. В деле «Оджалан против Турции» Суд постановил, что Турция несет ответственность за задержание истца турецкими властями в Кении: он счел, что истец находился в сфере действия юрисдикции Турции, поскольку его удерживали агенты этого государства<sup>73</sup>. Это более широкое экстерриториальное применение было подтверждено в деле

70 ECtHR, *Banković and others v. Belgium and others*, примечание 67 выше, ч. 75.

71 Ibid., ч. 80.

72 Суровую критику в адрес решения по делу Банковича см.: Luigi Condorelli, «La protection des droits de l'Homme lors d'actions militaires menées à l'étranger», *Collegium* 32 (2005), p. 100.

73 ECtHR, *Öcalan v. Turkey*, Judgment of 12 March 2003, para. 93.

«Исса и другие против Турции», в котором Суд четко заявил, что контроль над отдельным лицом также влечет за собой ответственность государства:

«[Г]осударство можно также считать несущим ответственность за нарушение предусматриваемых Конвенцией прав и свобод лиц, которые находятся на территории другого государства, но которые оказываются под властью и контролем первого государства, поскольку его представители — законно или незаконно — действуют на территории последнего. Ответственность в таких ситуациях проистекает из того факта, что статья 1 Конвенции не может истолковываться как разрешающая государству-участнику совершать нарушения Конвенции на территории другого государства, нарушения, которые оно не могло бы совершать на собственной территории»<sup>74</sup>.

Как в деле Оджалана, так и в деле Иссы Суд признал, что государства обладают юрисдикцией над лицами, которые находятся на территории другого государства, но в руках представителей их собственного государства. Интересно, что в своем обосновании Суд опирался на прецедентное право Комитета по правам человека в деле Лопеса Бургоса и Межамериканской комиссии по правам человека. Он постановил, что «ответственность в таких ситуациях проистекает из того факта, что статья 1 Конвенции не может истолковываться как разрешающая государству-участнику совершать нарушения Конвенции на территории другого государства, нарушения, которые оно не совершало бы на собственной территории»<sup>75</sup>. Этот аргумент не ограничивался только «европейским правовым пространством».

Трудно примирить решение по делу Банковича с более поздней судебной практикой Суда. Одним из возможных объяснений может быть следующее — Суд просто не считал, что государство осуществляло эффективный контроль над территорией или лицами, чтобы обладать «юрисдикцией» в соответствии со статьей 2 Европейской конвенции о правах человека. Однако это не объясняет аргумента относительно европейского правового пространства. Другой возможностью попытаться найти логику в судебной практике является принятие подхода Палаты лордов Соединенного Королевства в деле Аль-Скейни. Палата

74 ECtHR, *Issa and others v. Turkey*, Judgment of 16 November 2004, para. 71; см. также: *Isaak and others v. Turkey*, Appl. No. 44587/98, Admissibility decision of 28 September 2008, p. 19.

75 *Issa and others v. Turkey*, примечание 74 выше, ч. 71.

лордов, рассмотрев прецедентное право Европейского суда<sup>76</sup> и полагаясь в своих суждениях на авторитетность решения по делу Банковича, не признала юрисдикции за пределами Совета Европы, за исключением «деятельности дипломатических или консульских представителей за границей и на борту транспортных средств и судов, зарегистрированных в этом государстве или следующих под его флагом»<sup>77</sup>, и в военных тюрьмах<sup>78</sup>. В этом подходе, с другой стороны, игнорируется аргумент Суда в деле Иссы или даже в деле Оджалана, в котором не вызывал сомнения тот факт, что Оджалан находится под юрисдикцией Турции с того момента, когда его передали представителям Турции без каких-либо условий, изложенных в толковании Палаты лордов. Дальнейшая судебная практика Европейского суда по правам человека должна будет обеспечить больше ясности. Интересным делом в этом отношении станет решение по межгосударственному заявлению, поданному Грузией против России<sup>79</sup>.

Коротко говоря, судебная практика Европейского суда по правам человека не совсем логична в отношении значения термина «юрисдикция», использованного в статье 1. Хотя остается неясным вопрос о том, до какой степени региональный характер Конвенции ограничит в будущих делах юрисдикцию географической территории стран, входящих в Совет Европы, представляется, что это ограничение, по крайней мере, не будет приниматься во внимание, если лица содержатся под стражей за границей. Другим остающимся неясным вопросом является вопрос о том, означает ли, что агенты государства, совершившие противоправную ликвидацию за границей, на неконтролируемой территории, осуществляли юрисдикцию. Представляется, что дело Иссы указывает на это, и, действительно, будет нелогичным считать, что государство несет ответственность по Европейской конвенции за убийство лица, содержащегося под стражей, но не за точечную ликвидацию. Но и этот вопрос полностью не решен.

76 Включая такие дела, рассматриваемые в Европейской комиссии по правам человека, как *Sánchez Ramirez v. France*, 86-A DR 155, 1996; *Freda v. Italy*, 21 DR 250, 1980; *Hess v. the United Kingdom*, 2 DR 72, 1975.

77 Как это описывается в деле *Banković and others v. Belgium and others*, примечание 67 выше, ч. 73.

78 House of Lords, *Al-Skeini and others v. Secretary of State for Defence*, Judgment of 13 June 2007, [2007] UKHL 26, paras. 61–83, 91, 105–132; Апелляционный суд посчитал, что прецедентное право Европейского суда по правам человека шире и охватывает как общий контроль над территорией, так и контроль над лицом: *R v. the Secretary of State for Defence, ex parte Al-Skeini and others*, Judgment of 21 December 2005, [2005] EWCA Civ 1609, paras. 62–112.

79 Пресс-релиз Секретаря Суда «European Court of Human Rights grants requests for interim measures», No. 581, 12 August 2008.

Выдвигается предположение, что термин «юрисдикция» сам по себе не может подтверждать ту точку зрения, что он означает осуществление контроля за границей, только когда контроль этот осуществляется в каких-то конкретных государствах, но не в других. На практике государство может, при наличии соглашения с государством пребывания или без такового, законно или незаконно осуществлять юрисдикцию за границей. Таким образом, «лица будут находиться под юрисдикцией государства в таких обстоятельствах, когда можно сказать, что они находятся под эффективным контролем этого государства либо на них воздействуют те, кто действует в более общем плане от имени этого государства, где бы это ни происходило»<sup>80</sup>. Однако даже если Суд в некоторых случаях не может ограничить применение Конвенции из-за отсутствия юрисдикции, он может принять решение сделать это на основании более общего аргумента о том, что Конвенция является региональным, а не универсальным договором.

#### Американская декларация прав и обязанностей человека

Межамериканская комиссия по правам человека уже давно утвердила юрисдикцию в отношении действий, совершенных за пределами территории государства<sup>81</sup>. Основанием для такого подхода, по ее мнению, служит Американская декларация прав и обязанностей человека, которая не содержит положения о применимости. Аргумент Комиссии является телеологическим: поскольку права человека присущи всем людям в силу их рождения, государства должны гарантировать эти права любому лицу, находящемуся под их юрисдикцией, что, по мнению Комиссии, означает любому лицу «под их властью и контролем»<sup>82</sup>.

В том, что касается военных операций, Комиссия приняла более широкий подход, нежели Европейский суд по правам человека. Если Европейский суд не признал наличие юрисдикции в деле

80 Sir Elihu Lauterpacht and Daniel Bethlehem, «The scope and content of the principle of *nonrefoulement*: opinion», in Erika Feller, Volker Türk and Frances Nicholson (eds.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations On International Protection* 87, 2003, para. 67.

81 Обзор ее судебной практики см.: Cristina Cerna, «Extraterritorial application of the human rights instruments of the Inter-American system», in Fons Coomans and Menno Kamminga (eds.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, 2004, pp. 141–74, and Douglas Cassel, *ibid.*, pp. 175–81.

82 *Coard v. the United States*, примечание 45 выше, ч. 37.

Банковича, Межамериканская комиссия, применив тест на выявление причинно-следственной зависимости, постановила в деле о вторжении Соединенных Штатов в Панаму в 1989 г., что

«[е]сли установлено, что применение военной силы привело к смертям среди лиц, не являющихся комбатантами, их ранениям и утрате имущества, то это касается прав человека, применимых к некомбатантам. В контексте настоящего дела речь идет о гарантиях, упомянутых в Американской декларации. Таким образом, Комиссия уполномочена рассматривать это дело по существу»<sup>83</sup>.

Однако дело не закончено с 1993 г., никакого решения по существу не было принято.

Межамериканская комиссия должна была принять решение и относительно убийства лиц агентами государства за границей. Так, она сочла нарушением права на жизнь убийство чилийскими агентами Орландо Летелье в Вашингтоне и Карлоса Пратса в Буэнос-Айресе<sup>84</sup>. Аналогичным образом она осудила нападения на граждан Суринама, совершенные государственными агентами Суринама в Нидерландах<sup>85</sup>.

Суммируя, можно сказать, что Межамериканская комиссия считает, что государства несут ответственность за любые действия, совершаемые под их властью и контролем, и трактует эти критерии самым широким образом, включая сюда случаи вооруженных нападений на иностранной территории.

Конвенция против пыток, Конвенция о правах ребенка, Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах, Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации

Статья 2 Конвенции против пыток требует от каждого государства-участника принятия эффективных мер для предотвращения пыток

83 *Salas v. the United States*, Report No. 31/93, Case No. 10.573, 14 October 1993, Annual Report 1993, OEA/Ser. L/V/85, Doc. 9 rev., 11 February 1994, para. 6.

84 Report on the Situation of Human Rights in Chile, OEA/Ser. L/V/II.66, Doc.17, 9 September 1985, Chapter III, paras. 81–91, 181.

85 Second Report on the Human Rights Situation in Suriname, OEA/Ser. L/V/II.66, doc.21 rev 1, 2 October 1985, Chapter V, E.



«на любой территории под его юрисдикцией». В изначальной редакции использовалась только формулировка «под его юрисдикцией». Заявлялось, что это можно было понять как относящееся к гражданам одного государства, которые проживали на территории другого государства. Было предложено заменить эту формулировку фразой «на любой территории под его юрисдикцией», которая «будет охватывать и применение пыток на морских и воздушных судах, зарегистрированных в соответствующем государстве, а также на оккупированных территориях»<sup>86</sup>. В соответствии с этой целью Комитет против пыток считает, что сюда относятся территории, находящиеся под эффективным контролем государства — участника Конвенции, но с этим не согласны некоторые государства, например, Соединенное Королевство<sup>87</sup> и Соединенные Штаты<sup>88</sup>.

Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах вовсе не содержит положения о применимости<sup>89</sup>. Тем не менее и Комитет по экономическим, социальным и культурным правам ООН, и Международный суд подтвердили применимость этого договора по отношению ко всем лицам, находящимся под контролем государства, особенно на оккупированной территории<sup>90</sup>.

Конвенция о правах ребенка (статья 2 (1)) гарантирует права, предусматриваемые Конвенцией, каждому ребенку, находящемуся в сфере юрисдикции государств — участников Конвенции; Комитет по правам ребенка и Международный суд считают, что в эту сферу входят оккупированные территории<sup>91</sup>.

Международный суд определил в своем постановлении от 15 октября 2008 г. в деле, касающемся Грузии и Российской

86 Доклад Рабочей группы по вопросу о дальнейшем развитии и поощрении прав человека и о проекте конвенции о пытках, UN Doc. E/CN.4/L.1470, 12 марта 1979 г., ч. 32; Франция внесла предложение заменить во всем проекте фразу «в сфере его юрисдикции» фразой «на его территории». E/CN.4/1314, ч. 54.

87 Комитет против пыток, Выводы и рекомендации: Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии, подвластные Британской Короне территории и зависимые заморские территории, UN Doc. CAT/C/CR/33/3, 10 декабря 2004, ч. 4 (b).

88 Комитет против пыток, Тридцать шестая сессия. Краткий отчет о 703-м заседании, UN Doc. CAT/C/SR.703, 12 мая 2006 г., ч. 14.

89 Это справедливо и в отношении Конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации и Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин.

90 Дело о строительстве стены, примечание 47 выше, ч. 112.

91 Комитет по правам человека, Заключительные замечания: Израиль, UN Doc. CRC/C/15/Add.195, 9 октября 2002 г.; Дело о строительстве стены, примечание 47 выше, ч. 113.

Федерации, что Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации применяется в отношении действий, совершенных за пределами территории государства<sup>92</sup>.

## Практика государств

Государства — члены Совета Европы единодушно приняли резолюции в Комитете министров, директивном органе Совета, об исполнении решений Европейского суда по правам человека, который применил Конвенцию экстерриториально, например, в деле «Кипр против Турции», за нарушения, совершенные Турцией во время оккупации<sup>93</sup>, или нарушения, совершенные Российской Федерацией в Приднестровье в Молдове<sup>94</sup>.

Позиции и практика государств в отношении экстерриториального применения прав человека, как они отражаются в течение долгого времени в резолюциях Генеральной Ассамблеи и Совета Безопасности, кажется, подтверждает применимость прав человека во время международных вооруженных конфликтов. После вторжения советских войск в Венгрию в 1956 г. Совет Безопасности призвал Советский Союз и власти Венгрии «дать венгерскому народу возможность пользоваться основными правами человека и свободами»<sup>95</sup>. В 1967 г. он определил в отношении территорий, оккупированных Израилем, что «существенные и неотъемлемые права человека должны уважаться даже в ходе превратностей войны»<sup>96</sup>. Позже он осудил нарушения прав человека «ополченцами и иностранными вооруженными группами» в Демократической Республике Конго<sup>97</sup>. Как уже было сказано, резолюции Генеральной Ассамблеи ООН и Комиссии

92 ICJ, *Case Concerning Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, Request for the Indication of Provisional Measures, Order of 15 October 2008, para. No. 109.

93 Interim Resolution ResDH (2005)44, concerning the judgment of the European Court of Human Rights of 10 May 2001 in the case of Cyprus against Turkey (adopted by the Committee of Ministers on 7 June 2005, at the 928th meeting of the Ministers' Deputies).

94 Interim Resolution ResDH (2006)26 concerning the judgment of the European Court of Human Rights of 8 July 2004 (Grand Chamber) in the case of Ilaşcu and others against Moldova and the Russian Federation (Adopted by the Committee of Ministers on 10 May 2006 at the 964th meeting of the Ministers' Deputies).

95 Резолюция ГА ООН 1312 (XIII), 12 декабря 1958 г. См. примечание 14 выше.

96 Резолюция СБ ООН 237 (1967), 14 июня 1967, преамбула, ч. 2. См. примечание 15 выше.

97 UN Doc. S/RES/1649 от 21 декабря 2005 г.

ООН по правам человека также иногда ссылались в таких ситуациях на права человека<sup>98</sup>.

Очень немногие государства оспаривали в органах по защите прав человека применимость договоров по правам человека за границей<sup>99</sup>. Сомнительно, чтобы какое-либо государство, за исключением Израиля, настойчиво возражало против экстерриториального применения инструментов по правам человека. Кроме того, следует отметить, что некоторые важные национальные суды, например в Израиле<sup>100</sup> и в Соединенном Королевстве<sup>101</sup>, применяли право прав человека экстерриториально. Возражения этих правительств, следовательно, не обязательно отражают последовательную практику внутри государства, поскольку такая практика включает все ветви власти (исполнительную, законодательную и судебную)<sup>102</sup>.

В задачи настоящей статьи не входит анализ того, какие из прав человека являются обычными. Но не вызывает разногласий тот факт, что ядро прав человека, таких как запрет на произвольное лишение жизни, запрет на применение пыток и жестокое, бесчеловечное и унижающее достоинство обращение, запрет на произвольное лишение свободы или право на справедливый суд, является частью обычного международного права. Что же касается их территориальной сферы применения, то из вышеупомянутых резолюций ООН становится ясно, что экстерриториальное применение не ставилось под вопрос

98 См. примечания 30 и 31 выше.

99 См.: Replies of the Government of the Netherlands to the Concerns Expressed by the Human Rights Committee, UN Doc. CCPR/CO/72/NET/Add.1, 29 April 2003, para. 19; Second periodic report of Israel to the Human Rights Committee, UN Doc. CCPR/C/ISR/2001/2, 4 December 2001, para. 8; Второй периодический доклад Израиля Комитету по экономическим, социальным и культурным правам, UN Doc. E/1990/6/Add.32, 16 октября 2001, ч. 5; Комитет против пыток, Выводы и рекомендации: Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии, подвластные Британской Короне территории и зависимые заморские территории, UN Doc. CAT/C/CR/33/3, 10 декабря 2004 г., ч. 4 (b); Комитет против пыток, тридцать шестая сессия, Краткий отчет о 703-м заседании, UN Doc. CAT/C/SR.703, 12 мая 2006 г., ч. 14; Приложение I: Территориальная сфера применения Пакта, Второй и третий периодические доклады Соединенных Штатов Америки, Рассмотрение докладов, представленных государствами-участниками в соответствии со статьей 40 Пакта, UN Doc. CCPR/C/USA/3, 28 ноября 2005 г.

100 See, e.g., *Marab v. IDF Commander in the West Bank*, HCJ 3239/02, Judgment of 18 April 2002.

101 *Al-Skeini and others v. Secretary of State for Defence*, [2004] EWHC 2911 (Admin), No. CO/2242/2004, 14 December 2004; См. также: *Al-Skeini and others v. Secretary of State for Defence*, [2005] EWCA Civ 1609, 21 December 2005, paras. 3–11, 48–53, 189–190; *Al-Jedda, R v. Secretary of State for Defence*, [2005] EWHC 1809 (Admin), 12 August 2005.

102 Значение судебных решений в формировании обычного права, если они противоречат позиции исполнительной власти, подлежит обсуждению, см.: International Law Association, Final Report of the Committee on Formation of Customary International Law, Statement of principles applicable to the formation of general customary international law, pp. 17, 18.

за пределами договорного права<sup>103</sup>. Права человека в обычном международном праве имеют универсальный характер и поэтому принадлежат каждому человеку, где бы он ни находился. Следовательно, можно сказать, что обычные права человека применяются на всех территориях мира и что любой представитель государства, независимо от того, действует ли он на собственной территории или за границей, обязан уважать их. Другими словами, соблюдение обычного права прав человека не является вопросом экстерриториального применения, поскольку соблюдение прав человека никогда не ограничивалось территориально.

## Дополнительность и *lex specialis*

Одновременное применение прав человека и гуманитарного права потенциально может предоставить сильную защиту каждому лицу, но оно может и вызвать к жизни много проблем. Со все увеличивающейся специализацией различных отраслей международного права разные режимы начинают пересекаться, дополнять друг друга или противоречить друг другу. Право прав человека и гуманитарное право — это только один пример такого явления<sup>104</sup>. Поэтому необходимо рассмотреть соответствующие международные нормы и общие принципы толкования, для того чтобы проанализировать взаимоотношения между правами человека и гуманитарным правом.

## Отличительные черты права прав человека и гуманитарного права

Прежде чем обсуждать возможности одновременного применения, следует вспомнить некоторые основные различия между двумя сводами права. Во-первых, гуманитарное право применяется только во время вооруженных конфликтов, в то время как право прав человека приме-

103 См., например: the United States Army *Operational Handbook* of 2006, ch. 3, p. 47. Об экстерриториальной сфере применения обычного права на жизнь см.: Nils Melzer, *Targeted Killing*, 2007, pp. 287 f.; David Kretzmer, «Targeted killing of suspected terrorists: extra-judicial executions or legitimate means of defence?», *European Journal of International Law*, Vol. 16 (2005), pp. 171, 185; Orna Ben Naftali and Yuval Shany, «Living in denial: the application of human rights in the occupied territories», *Israel Law Review*, Vol. 37 (2004), pp. 17, 87.

104 Bothe, примечание 4 выше, с. 37.

няется во всякое время. Во-вторых, право прав человека и гуманитарное право традиционно являются обязательными для различных сторон. Хотя очевидно, что гуманитарное право связывает «стороны в конфликте»<sup>105</sup>, то есть как государственные власти, так и стороны, не являющиеся государством, этот вопрос гораздо более противоречив в праве прав человека. Традиционно считается, что международное право прав человека связывает только государства, и еще предстоит увидеть, как право развивается в этом отношении<sup>106</sup>. В-третьих, в то время как большинство международных прав человека, за некоторыми исключениями, допускают отступления<sup>107</sup>, гуманитарное право не допускает отступлений от обязательств (с единственным ограниченным исключением, упомянутым в статье 5 Женевской конвенции IV). И наконец, существуют значительные различия в процессуальных и вторичных правах, таких как право на персональную судебную защиту, как об этом будет сказано далее<sup>108</sup>.

Таким образом, с самого начала очевидно, что полное слияние двух сводов права невозможно. Поэтому вполне естественно, что подход в юриспруденции и на практике заключается скорее в том, что право прав человека и гуманитарное право не являются взаимоисключающими, они дополняют и усиливают друг друга. Однако понятие дополнительности является скорее политическим, нежели юридическим. Для того чтобы сформировалась правовая основа, в рамках которой взаимодействие между правами человека и гуманитарным правом может иметь место, принципы правовой интерпретации должны предусматривать соответствующие инструменты. Это приводит нас к двум основным понятиям: понятию дополнительности в его правовом значении в соответствии с Венской конвенцией о праве договоров и понятию *lex specialis*.

## Значение дополнительности

Дополнительность означает, что право прав человека и гуманитарное право не противоречат друг другу, но, будучи основаны на одинаковых принципах и ценностях, могут влиять друг на друга и взаимно усили-

105 См.: статья 3, общая для четырех Женевских конвенций.

106 МППП, статья 2; ЕКПЧ, статья 1; АКПЧ, статья 1; см.: Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

107 См.: МППП, статья 4; ЕКПЧ, статья 15; АКПЧ, статья 27.

108 См. ниже раздел «Расследования, средства защиты, возмещение ущерба».

вать свое действие. В этом смысле дополнительность отражает метод толкования, закрепленный в статье 31 (3) (с) Венской конвенции о праве договоров, которая предусматривает, что при толковании нормы должны приниматься во внимание «любые соответствующие нормы международного права, применяемые в отношениях между участниками». Это принцип в некотором смысле отражает идею международного права, которое понимается как система, составляющая логическое целое<sup>109</sup>. Он рассматривает международное право как режим, в рамках которого различные своды норм сосуществуют в гармонии. Таким образом, права человека можно толковать в свете международного гуманитарного права и наоборот.

### Значение принципа *lex specialis*

Однако часто взаимоотношения между правом прав человека и гуманитарным правом описываются как отношения между общим и специальным правом, в которых гуманитарное право является *lex specialis*. Таков был подход Международного суда в деле о ядерном оружии, упомянутом ранее, в котором Суд определил, что

«понятие произвольного лишения жизни в таком случае определяется применимым *lex specialis*, а именно правом, применимым в период вооруженного конфликта и предназначенным регулировать порядок ведения военных действий»<sup>110</sup>.

Суд вновь сослался на принцип *lex specialis* в деле о строительстве стены<sup>111</sup>. Однако не сделал этого в деле «ДРК против Уганды»<sup>112</sup>. Поскольку Суд никак не объяснил этого, остается неясно, было ли это сделано намеренно и говорит ли это об изменении в подходе Суда.

109 Campbell McLachlan, «The principle of systemic integration and Article 31 (3) (c) of the Vienna Convention», *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54 (2005), pp. 279–320; Комиссия международного права, Доклад Исследовательской группы по фрагментации международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением сферы охвата международного права, UN Doc. A/CN.4/L.676, 29 июля 2005 г., ч. 27; см. также: Philippe Sands, «Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law», *Yale Human Rights and Development Law Journal*, Vol. 1 (1999), p. 95.

110 Дело о ядерном оружии, примечание 46 выше, ч. 25.

111 Дело о строительстве стены, примечание 47 выше, ч. 106.

112 *DRC v. Uganda*, примечание 48 выше, ч. 216.

Среди международных органов по правам человека Межамериканская комиссия последовала за судебной практикой Международного суда, сославшись на принцип *lex specialis*<sup>113</sup>, но другие правозащитные органы этого не сделали. Ни Африканская комиссия по правам человека и народов, ни Европейский суд по правам человека не обнародовали своего мнения по этому вопросу. Это сделал Комитет по правам человека, но не использовав формулировку *lex specialis*, а определив, что «эти две правовые сферы являются взаимодополняющими, а не исключаящими друг друга»<sup>114</sup>.

Принцип *lex specialis* принят в международном праве как принцип толкования. Он возник из римского принципа толкования, в соответствии с которым в ситуациях, специально регулируемых конкретной нормой, эта норма замещает более общую норму (*lex specialis derogat legi generali*). Упоминание принципа *lex specialis* можно обнаружить уже у таких ранних авторов, как Ваттель<sup>115</sup> или Гроций. Гроций пишет:

«Какие нормы должны соблюдаться в таких случаях [то есть если части документа противоречат друг другу]? Среди соглашений, которые имеют равную силу... предпочтение должно отдаваться тому, которое является наиболее специальным и ближе всего к рассматриваемому предмету, поскольку специальные положения обычно более эффективны, чем те, которые являются общими»<sup>116</sup>.

В юридической литературе целый ряд комментаторов критикует отсутствие ясности в принципе *lex specialis*. Во-первых, говорится, что международное право, в отличие от национального права, не имеет четкой иерархии норм и централизованного законодательного органа, но у него есть «целый ряд форумов, многие из которых не имеют связи друг с другом и действуют независимо друг от друга, создавая систему, отличающуюся от логичного национального правового порядка»<sup>117</sup>.

113 *Coard v. the United States*, примечание 45 выше, ч. 42.

114 Комитет по правам человека, Замечание общего порядка № 31, примечание 50 выше, ч. 11.

115 Emerich de Vattel, *Le Droit Des Gens ou Principes de la Loi Naturelle*, Book II, ch xvii, para. 316 (reproduction of Books I and II edn 1758, in: *The Classics of International Law*, Geneva, Slatkine Reprints, Henry Dunant Institute, 1983).

116 Hugo Grotius, *De Jure Belli Ac Pacis*, Book II, section XXIX. Library Ires.

117 Anja Lindroos, «Addressing the norm conflicts in a fragmented system: the doctrine of *lex specialis*», *Nordic Journal of International Law*, Vol. 74 (2005), p. 28.

Во-вторых, подчеркивается, что принцип *lex specialis* изначально появился для национального права и не очень подходит к сильно фрагментированной системе международного права<sup>118</sup>. В-третьих, критики указывают, что нет никаких указаний, особенно в отношениях между правом прав человека и гуманитарным правом, относительно того, какая из двух норм является *lex specialis*, а какая *lex generalis*<sup>119</sup>; некоторые, например, утверждают, что право прав человека может быть преобладающим правом в отношении лиц, находящихся во власти какого-либо властного органа<sup>120</sup>. Критика раздавалась и из-за того, что «этот широкий принцип допускает манипулирование правом таким образом, что поддержку получают диаметрально противоположные аргументы как сторонников, так и противников отнесения МГП и МППЧ к разным категориям»<sup>121</sup>. Поэтому критики предложили альтернативные модели для подхода *lex specialis*, назвав их «прагматическая теория гармонизации»<sup>122</sup>, «взаимное обогащение»<sup>123</sup>, «перекрестное оплодотворение»<sup>124</sup> и «смешанная модель»<sup>125</sup>. Не вдаваясь в подробности, можно сказать, что общим у этих подходов является то, что они подчеркивают наличие согласованности, а не напряженности в отношениях между двумя сводами права.

В конце концов представляется, что в литературе нет единого мнения относительно значения принципа *lex specialis*. В Докладе Исследовательской группы Комиссии международного права по фрагментации международного права делается вывод, что *lex specialis* необязательно является правилом для разрешения конфликтов между нормами; что фактически он исполняет две роли — каждую в качестве общего закона. Объясняет Марти Коскенниemi:

118 См., например: Комиссия международного права, Доклад Исследовательской группы, примечание 109 выше; Lindroos, примечание 117 выше, с. 27–8.

119 Nancie Prud'homme, «Lex specialis: oversimplifying a more complex and multifaceted relationship?», *Israel Law Review*, Vol. 40 (2) (2007), pp. 356; Gloria Gaggioli and Robert Kolb, «A right to life in armed conflicts? The contribution of the European Court of Human Rights», *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 37 (2007), pp. 115–69.

120 Досвальд-Бек, Луиза. Международное гуманитарное право и Консультативное заключение Международного суда относительно законности угрозы ядерным оружием или его применения // *Международный журнал Красного Креста*. 1997. № 14, январь–февраль. С. 35.

121 Prud'homme, примечание 119 выше, с. 14.

122 Ibid., с. 6.

123 Rene Provost, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 350.

124 Sands, примечание 109 выше, с. 85–105.

125 Kretzmer, примечание 103 выше, с. 171.



«Есть два способа, которыми право принимает во внимание отношение особой нормы к общей (часто называемой принципом, или стандартом). Особая норма может считаться применением общей нормы в конкретных обстоятельствах. Иными словами, она может давать указания относительно того, чего требует общая норма в данном конкретном случае. Или же особая норма может пониматься как исключение из общей нормы. В этом случае особая норма частично отменяет общую. Выражение «*lex specialis derogat legi generali*» обычно рассматривается как коллизионная норма. Однако ее не следует ограничивать коллизией»<sup>126</sup>.

Понимаемый не как принцип разрешения конфликтов норм, но как принцип более точного толкования, принцип *lex specialis* сам по себе инкорпорирует подход дополнительности, о котором говорилось выше. Он очень близко подходит к принципу статьи 31 (3) (с) Венской конвенции о праве договоров, в соответствии с которой договоры должны толковаться с учетом положений других договоров.

Таким образом, существуют два аспекта принципа *lex specialis*. Во-первых, это его значение в качестве принципа толкования, посредством которого более общая норма толкуется в свете более специальной. Второй аспект — это его функционирование в качестве нормы, регулирующей коллизионные нормы.

В свете такого понимания можно сделать следующий вывод. Хотя дополнительность — то есть *lex specialis* в значении нормы толкования — может часто давать решения для гармонизации различных норм, она имеет свои границы. Если действительно существует конфликт норм, одна из них должна преобладать<sup>127</sup>. В таких ситуациях принцип *lex specialis* в качестве нормы, урегулирующей конфликт, отдает первенство норме, которая более подходит для конкретной ситуации. Могут возникнуть разногласия относительно того, какая именно норма является более специализированной в конкретной ситуации, и действительно, «абстрактное определение целой области права в качестве более специализированной по отношению к другой области права не является в сущности реалистичным»<sup>128</sup>. Но это

126 Martti Koskenniemi, Study on the Function and Scope of the Lex Specialis Rule and the Question of «Self Contained Regimes», UN Doc. ILC (LVI)/SG/FIL/CRD.1 and Add.1 (2004), p. 4.

127 См.: Комиссия международного права, Доклад Исследовательской группы, примечание 109 выше, ч. 42.

128 Lindroos, примечание 117 выше, с. 44.

не должно ставить под сомнение применение принципа *lex specialis* как такового. Хотя соответствующие нормы гуманитарного права и права прав человека можно в основном толковать, учитывая и ту, и другую, некоторые из них вступают в противоречие, и необходимо решать, которая из них преобладает. При определении того, какая из норм является более специальной, самыми важными показателями будут точность и ясность нормы и ее соответствие конкретным обстоятельствам дела.

Применение *lex specialis* в его двух различных функциях к взаимодействию между правами человека и гуманитарным правом можно проиллюстрировать на примере применения силы, особенно в международных вооруженных конфликтах и ситуациях оккупации.

## Применение силы

Различные стандарты, допускающие применение силы, в праве прав человека и в гуманитарном праве

Нормы, регулирующие применение силы, в гуманитарном праве и в праве прав человека основаны на разных исходных положениях. Право прав человека «ставит перед собой цель расследовать каждый случай применения смертельной силы представителями государства, в то время как [гуманитарное право] основано на предположении, что сила будет применяться и людей будут преднамеренно убивать»<sup>129</sup>.

В праве прав человека сила на поражение может применяться, только если существует неминуемая угроза серьезного насилия, которое нельзя предотвратить иначе как таким применением силы. Опасность не может быть просто предполагаемой, она должна быть неминуемой<sup>130</sup>. Это крайне ограниченное применение силы со смертельным исходом для защиты права на жизнь подтверждается в Основных принципах применения силы и огнестрельного оружия должностными лицами по поддержанию правопорядка, которые устанавливают, что «преднамеренное применение силы

129 Kenneth Watkin, «Controlling the use of force: a role for human rights norms in contemporary armed conflict», *American Journal of International Law*, Vol. 98 (2004), p. 32.

130 См.: Принципы 9 и 10 Основных принципов применения силы и огнестрельного оружия должностными лицами по поддержанию правопорядка. См. также: Nigel Rodley, *The Treatment of Prisoners Under International Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 182–8; Kretzmer, примечание 103 выше, с. 179.

со смертельным исходом может иметь место лишь тогда, когда оно абсолютно неизбежно для защиты жизни», и требуют четко предупредить о намерении применить огнестрельное оружие и предоставлять достаточное время для ответной реакции на это предупреждение<sup>131</sup>. В соответствии с правом прав человека планирование операции с целью убить вряд ли когда-либо может быть законным. Полицейских обучают таким методам деэскалации и применения оружия, которые полностью отличаются от того, как оружие применяется солдатами. Европейский суд по правам человека, например, имеет обширную судебную практику, касающуюся требований, предъявляемых к планированию применения силы и контролю за таким применением, для того чтобы избегать применения силы со смертельным исходом<sup>132</sup>.

В международном гуманитарном праве основными принципами, регулирующими применение силы, являются принципы проведения различия, принятия мер предосторожности и принцип соразмерности, применяемые, чтобы избежать случайных потерь среди гражданского населения и ущерба гражданским объектам<sup>133</sup>. Принцип соразмерности в гуманитарном праве отличается от соразмерности в праве прав человека<sup>134</sup>. Если право прав человека требует того, чтобы применение силы было соразмерно цели защитить жизнь, то гуманитарное право требует, чтобы побочные потери среди гражданского населения, ранения гражданских лиц и ущерб гражданским объектам, наносимые в результате вооруженного нападения, не были чрезмерными «по отношению к конкретному и непосредственному военному преимуществу, которое предполагается таким образом получить»<sup>135</sup>. Эти два принципа могут привести к различным результатам. С другой стороны, некоторые авторы утверждают, что «различия постепенно исчезают [...] поскольку правозащитные органы разрабатывают

131 Принципы 9 и 10 Основных принципов применения силы и огнестрельного оружия должностными лицами по поддержанию правопорядка.

132 ECtHR, *McCann and Others v. United Kingdom*, 18984/91, 1995, paras. 202–213; *Andronicou and Constantinou v. Cyprus*, Judgment of 9 October 1997, Reports 1997-VI, paras. 181–186, 191–193; *Hugh Jordan v. the United Kingdom*, Judgment of 4 May 2001, paras. 103–104; *Ergi v. Turkey*, примечание 43 выше, ч. 79; *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, примечание 43 выше, ч. 169–171; *Isayeva v. Russia*, примечание 43 выше, ч. 189.

133 *Хенкертс, Жан-Мари, Досвальд-Бек, Луиза. Обычное международное гуманитарное право. Москва, МККК, 2006. Нормы 11–21.*

134 О принципе соразмерности см.: *Любелл, Ноам. Проблемы, возникающие при применении права прав человека к вооруженным конфликтам // Международный журнал Красного Креста. 2005. № 860, декабрь. С. 175–199.*

135 Кодификацию см.: *Дополнительный протокол I, статья 51 (5).*

все расширяющуюся отрасль права прав человека во время войны, которая быстро реагирует на конкретные характеристики ситуаций такого типа»<sup>136</sup>.

Все укрепляет позиция, в соответствии с которой даже по гуманитарному праву возможность применять силу со смертельным исходом ограничивается не только принципом соразмерности, направленным на предотвращение случайных потерь среди гражданского населения и ущерба гражданским объектам, но и другими принципами, присущими гуманитарному праву, в частности принципом военной необходимости и принципом гуманности<sup>137</sup>. Одной из старейших норм, вспоминаемых в связи с этим, является положение из преамбулы к Санкт-Петербургской декларации 1868 г., где говорится, что «единственная законная цель, которую должны иметь государства во время войны, состоит в ослаблении военных сил неприятеля»<sup>138</sup>. Можно привести и другие нормы, подтверждающие такой подход, в частности запрет на отказ в пощаде<sup>139</sup> или на применение оружия, вызывающего ненужные страдания или излишние повреждения<sup>140</sup>. В этом смысле военная необходимость понимается не только как базовый принцип международного гуманитарного права или даже принцип, предоставляющий определенные полномочия и подчиняющий другие нормы гуманитарного права военным целям, но и как принцип, который налагает ограничения на средства и методы ведения войны. Если говорить о применении силы, он ограничивает это применение до такой степени, которая необходима для нанесения поражения противнику. Поэтому «тот факт, что [гуманитарное право] не запрещает прямые нападения на комбатантов, не дает правовых полномочий убивать комбатантов в любое время и в любом месте, если они не выведены из строя по смыслу статьи 41 (2) Дополнительного

136 Gaggioli and Kolb, примечание 119 выше, с. 138.

137 Углубленный анализ понятия военной необходимости и его использование в современных военных уставах см.: Melzer, примечание 103 выше, с. 336–56; Gaggioli and Kolb, примечание 119 выше, с. 136.

138 Санкт-Петербургская декларация об отмене употребления взрывчатых и зажигательных пуль, преамбула. Статья 14 Кодекса Либера содержит сходное положение: «Военная необходимость, как она понимается современными цивилизованными народами, заключается в необходимости таких мер, которые нужны для достижения целей войны и которые являются законными в соответствии с современным правом и обычаями войны». См. также статьи 15 и 16 Кодекса Либера, в которых определяется военная необходимость.

139 Гагское положение 1907 г., статья 23 (г); Женевская конвенция II, статья 12; Дополнительный протокол I, статья 40.

140 Дополнительный протокол I, статья 35 (2).

протокола I»<sup>141</sup>. Однако по поводу этого подхода есть разногласия среди ученых и тех, кто применяет международное гуманитарное право на практике.

Принимая во внимание эти различные нормы, интересно взглянуть на происходящее в последнее время в судебной практике. Ставились ли под сомнение эти нормы? Привели ли они к слиянию, как это иногда утверждается? Нельзя забывать, однако, что большая часть судебной практики принадлежит правозащитным учреждениям и судам и до некоторой степени национальным судам. Судебные решения этих учреждений и судов не являются универсально обязательными. Кроме того, судебные решения выносятся в рамках конкретных договоров или законов. В частности, органы по правам человека часто могут просто игнорировать гуманитарное право, поскольку государства не признают, что они участвуют в вооруженном конфликте. Поэтому необходимо сделать попытку определить, в отношении каких аспектов их заявления могут или не могут быть обобщены и влияют ли они и каким образом на более широкую, теоретическую дискуссию о правах человека и гуманитарном праве.

## Немеждународные вооруженные конфликты

Если вполне логично предположить, что для ведения военных действий — говоря проще, для ситуаций на полях сражений — гуманитарное право обычно является *lex specialis* по отношению к праву прав человека, в двух ситуациях все-таки возникают проблемы: при применении силы во время немеждународных вооруженных конфликтов и при применении силы в период оккупации, когда права человека играют важную роль. Будет ли гуманитарное право всегда в таких ситуациях *lex specialis*?

### *Гуманитарное право*

Договорное гуманитарное право немеждународных вооруженных конфликтов содержит очень небольшое число норм, касающихся ведения

141 Nils Melzer, примечание 103 выше, с. 347; Жан Пикте сказал: «Если мы можем вывести солдата из строя, захватив его в плен, мы не должны наносить ему ранения; если мы можем добиться такого же результата, ранив его, мы не должны его убивать. Если есть два способа получить одно и то же военное преимущество, мы должны выбрать тот, который причинит меньше зло», *Development and Principles of International Humanitarian Law*, p. 75 f. (1985).

военных действий. Самая важная из них предоставляет защиту гражданским лицам от нападений, «если и до тех пор, пока они не принимают непосредственного участия в военных действиях» (статья 13 (3) Дополнительного протокола II). Однако практически не вызывает разногласий тот факт, что нормы, регулирующие ведение военных действий, — например, о проведении различия, соразмерности и мерах предосторожности — являются частью обычного международного гуманитарного права, применимого к немеждународным вооруженным конфликтам<sup>142</sup>.

Трудность заключается в том, что во время немеждународных вооруженных конфликтов нет статуса комбатанта. Это может привести к выводу, что, если не считать правительственные вооруженные силы, в таких конфликтах участвуют только гражданские лица — значит, члены вооруженных групп могут становиться объектом нападения, только когда они фактически ведут военные действия, но ни в какое другое время. С военной точки зрения это практически невозможно и не отражает реальности вооруженного конфликта. Более того, это создает дисбаланс между лицами из состава вооруженных сил, на которых можно нападать в любое время, и членами вооруженных групп, нападения на которых разрешены не в любое время. При составлении Дополнительного протокола II в 1977 г. не было намерения исключить нападения в любое время на членов вооруженных групп, которые ведут борьбу с правительством. Напротив, Комментарий к Дополнительному протоколу II говорит, что «[л]ица, принадлежащие к вооруженным силам или вооруженным группам, могут подвергаться нападению в любое время»<sup>143</sup>. Действительно, принцип проведения различия имеет смысл, только если не все являются гражданскими лицами, то есть если от правительства требуется проводить различие между гражданским населением и бойцами вооруженных оппозиционных групп. Итак, на кого можно нападать и при каких условиях?

Вообще говоря, существуют три возможности подойти к вопросу о нападениях на членов вооруженных групп во время немеждународных вооруженных конфликтов. Во-первых, можно считать, что если в постоянные функции члена вооруженной группы, который остается гражданским лицом<sup>144</sup>, входит ведение военных действий,

142 См.: Хенкертс и Досвальд-Бек, примечание 133 выше, нормы 1, 2, 5–24.

143 Сандо, Свинарски и Циммерман, примечание 23 выше, ч. 4789.

144 Верховный суд Израиля принял подход, в соответствии с которым члены террористических групп продолжают быть гражданскими лицами, на которых можно нападать, если и в течение того времени, когда они принимают непосредственное участие в военных действиях. *The Public*

сам факт наличия таких обязанностей приравнивается к непосредственному участию в военных действиях и это лицо может поэтому стать объектом нападения в любое время (что-то вроде «непрерывного» участия в военных действиях)<sup>145</sup>. Второй подход заключается в определении в качестве «комбатантов для целей ведения военных действий» тех членов вооруженных групп, в чьи постоянные функции входит ведение военных действий, без предоставления им *статуса* комбатанта и соответствующего иммунитета, как это бывает в международных вооруженных конфликтах («подход на основании членства»)<sup>146</sup>. В соответствии с третьим подходом каждого, кто не является формально комбатантом (т.е. не является членом вооруженных сил), следует считать гражданским лицом и нападать на него допустимо только в то время, когда он фактически принимает непосредственное участие в военных действиях.

Последствие двух первых подходов заключается в том, что на тех членов вооруженных групп, у которых есть боевые обязанности, можно нападать в любое время в соответствии с международным гуманитарным правом. Нормами, ограничивающими применение против них силы, будут нормы, регулирующие средства и методы ведения военных действий, например, нормы об использовании оружия, запрещение вероломства или отказ в пощаде.

Однако как в доктрине, так и в судебной практике многими ощущается дискомфорт в связи, по крайней мере, с одной частью этого

*Committee against Torture in Israel and the Palestinian Society for the Protection of Human Rights and the Environment v. the Government of Israel, the Prime Minister of Israel, the Minister of Defence, the Israel Defense Forces, the Chief of General Staff of the Israel Defense Forces, and Surat HaDin — Israel Law Center and 24 Others*, the Supreme Court of Israel sitting as the High Court of Justice, Judgment of 14 December 2006, (hereinafter *Targeted Killings* case), para. 28. Однако он уклонился от ответа на вопрос, что же такое «в течение того времени, когда» (ч. 40).

145 См.: Third Expert Meeting on Direct Participation in Hostilities, Summary Report 2005, pp. 48–9, available at [http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/participation-hostilities-ihl-311205/\\$File/Direct\\_participation\\_in\\_hostilities\\_2005\\_eng.pdf](http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/participation-hostilities-ihl-311205/$File/Direct_participation_in_hostilities_2005_eng.pdf) (далее — DPH Report 2005). Представляется, что таков подход Верховного суда Израиля в деле «Targeted Killings», примечание 144 выше, ч. 39: «Гражданское лицо, присоединившееся к террористической организации, которая стала его «домом» и, в соответствии с его ролью в этой организации, участвующее в военных действиях с краткими перерывами между ними, утрачивает свой иммунитет от нападений «в течение того времени, когда» оно участвует в целом ряде таких действий». Но Верховный суд также признает, что между этой ситуацией и гражданским лицом, который лишь однажды спонтанно участвует в военных действиях и может быть объектом нападения в это время, существует серая зона, «в отношении которой обычное международное право еще не выкристаллизовалось», ч. 40.

146 Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflicts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 29; Kretzmer, примечание 103 выше, с. 197–8; Сандо, Свинарски и Циммерман, примечание 23 выше, ч. 4789; I/A Commission HR, Report on Terrorism and Human Rights, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev 1 corr., 22 October 2002, para. 69.

решения, поскольку легко согласиться с тем, что «повстанцы, которые организованы, вооружены и объединены, не могут быть арестованы»<sup>147</sup>. Гораздо более противоречивым является утверждение, что член вооруженной группы, даже член с постоянными боевыми обязанностями, может в любое время становиться объектом нападения без каких-либо ограничений, налагаемых правом прав человека. Можно ли напасть на члена Революционных вооруженных сил Колумбии (FARC) тогда, когда он ходит по магазинам в Боготе, вместо того, чтобы так спланировать операцию, чтобы его можно было арестовать? Может ли человек, подозреваемый в членстве в Рабочей партии Курдистана (РПК), стать объектом нападения с применением силы на поражение в соответствии с принципами гуманитарного права, когда он принимает участие в демонстрации? Может ли применяться сила на поражение со смертельным исходом без предупреждения в отношении чеченского повстанца в Москве, когда он находится у себя дома? Основной практический вопрос заключается в том, должен ли такой человек быть скорее арестован, если есть такая возможность, а не убит. Должны ли в такой ситуации преобладать традиционные нормы гуманитарного права, должно ли на них действовать право прав человека или праву прав человека в качестве *lex specialis* предстоит вытеснить гуманитарное право?

Договорное международное гуманитарное право не сильно проясняет этот вопрос. Как уже говорилось, принцип военной необходимости в его ограничительном смысле мог бы помешать застрелить боевика в обстоятельствах, когда нет необходимости делать этого для выполнения конкретной военной задачи, но такое толкование военной необходимости остается пока еще спорным<sup>148</sup>. С другой стороны, такие ситуации все чаще передаются в органы по правам человека, которые рассматривают их с точки зрения права прав человека.

### *Судебная практика в области прав человека*

Одним из первых дел было дело «Герреро против Колумбии»<sup>149</sup>, которое рассматривалось в Комитете по правам человека ООН. Власти подо-

147 Louise Doswald-Beck, «The right to life in armed conflict: does international humanitarian law provide all the answers?», *International Review of the Red Cross*, Vol. 88 (864) (December 2006), p. 885.

148 См.: DPH Report 2005, примечание 145 выше, с. 45–6.

149 Human Rights Committee, Communication No. R.11/45, UN Doc. Supp. No. 40 (A/37/40), 31 March 1992.



зревали, что члены вооруженной оппозиционной группировки похитили бывшего посла и удерживали его в заложниках в одном из домов Боготы. И хотя заложника не обнаружили, полицейские дождались возвращения повстанцев и застрелили их. Комитет по правам человека ООН определил, что

«[П]олиция, очевидно, действовала, не предупреждая жертв и не дав им возможности сдаться или дать объяснения своего присутствия и намерений. Не было никаких свидетельств того, что действия полиции были необходимы для самообороны или для защиты других и что было необходимо арестовать или предотвратить побег соответствующих лиц... действия полиции, приведшие к смерти г-жи Марии Фанни Суарез де Герреро, не соответствовали требованиям практики правоприменения»<sup>150</sup>.

Комитет по правам человека осудил также практикуемую Израилем точечную ликвидацию, если она применяется в качестве сдерживающего фактора или наказания, и потребовал, чтобы «до применения силы на поражение были приняты все возможные меры, направленные на арест лица, подозреваемого в совершении террористических актов»<sup>151</sup>.

Межамериканская комиссия обычно придерживается той точки зрения, что члены вооруженных группировок, которые выполняют боевые функции, не могут «возвращать себе статус гражданского лица или каким-либо иным образом неоднократно изменять свой статус — со статуса комбатанта на статус гражданского лица».

Наиболее обширной судебной практикой обладает Европейский суд по правам человека. До ее рассмотрения следует заметить, что ни в одном из дел, которые рассматривались Судом, ответчики, правительства, не выдвигали аргумента о том, что в их стране проходил вооруженный конфликт.

Самым первым прецедентом Европейского суда по правам человека о применении силы было дело «МакКанн и другие против Соединенного Королевства», которое касалось убийства членов Ирландской республиканской армии (ИРА) специальными силами Великобритании в Гибралтаре. В этом деле Суд решил, что применение силы должно быть не только соразмерным в тот момент, когда она при-

150 Ibid., ч. 13.2, 13.3.

151 Concluding Observations: Israel, UN Doc. CCPR/CO/78/ISR, 21 August 2003, para. 15.

меняется, но что операции даже против подозреваемых террористов должны планироваться таким образом, чтобы предельно минимизировать использование силы смертельного действия<sup>152</sup>. Этот главный принцип находится в центре всех последующих дел о применении силы в ходе правоприменительных или военных операций<sup>153</sup>.

В деле «Гюлеч против Турции», которое касалось случая, когда полиция открыла огонь по толпе, чтобы разогнать демонстрантов, правительство заявило, что ему пришлось применить силу со смертельным исходом, потому что они подозревали присутствие там членов РПК<sup>154</sup>. Суд не принял этого аргумента и решил, что власти должны были спланировать операцию, чтобы избежать применения смертельной силы, например, использовав необходимое оборудование, такое как полицейские дубинки, щиты, водометы, резиновые пули или слезоточивый газ, особенно принимая во внимание тот факт, что демонстрация состоялась в районе, где было объявлено чрезвычайное положение и где в то время можно было ожидать беспорядков<sup>155</sup>. В деле «Гюлеч против Турции» полицейский выстрелил в дверь, которую Мехмет Гюлеч отпирал, когда в нее позвонили. Утверждение полицейских, что Мехмет Гюлеч выстрелил по ним один раз из пистолета, Суд счел бездоказательным. Он постановил, что открытие огня из автоматического оружия по невидимой цели в жилом доме, населенном мирными жителями, в том числе женщинами и детьми, было абсолютно несоразмерным<sup>156</sup>. В деле «Огур против Турции» правительство утверждало, что целью сил безопасности было задержание жертвы, подозревавшейся в террористической деятельности. В этой ситуации им пришлось столкнуться со «значительным вооруженным сопротивлением», на которое они ответили предупредительными выстрелами, один из которых поразил Мусу Огура, который, по их утверждению, пытался убежать. Суд не согласился с тем, что на силы безопасности было совершено нападение, и принял решение, что применение силы было несоразмерным, поскольку не было сделано предупреждения, а предупредительные выстрелы были произведены непрофессионально<sup>157</sup>.

152 *McCann and others v. the United Kingdom*, примечание 132 выше, ч. 194; *Gül v. Turkey*, Appl. No. 22676/93, Judgment of 14 December 2000, para. 84.

153 См. последнее дело «Ахмадов и другие против России» (*Akhmadov and others v. Russia*), Judgment of 14 November 2008, para. 100.

154 *Güleç v. Turkey*, Judgment of 27 July 1998, Reports 1998-IV, para. 67.

155 *Ibid.*, ч. 71–73.

156 *Gül v. Turkey*, примечание 152 выше, ч. 82.

157 *Oğur v. Turkey*, Judgment of 20 May 1999, Reports 1999-II, paras. 82–84.

В деле «Хамийет Каплан против Турции» Суд согласился с тем, что между правительственными силами и РПК шли серьезные бои. Четыре человека, включая двух детей, погибли во время полицейской облавы, проводимой с целью захвата лиц, подозреваемых в принадлежности к РПК, в ходе которой старший офицер полиции также был убит выстрелом из дома подозреваемых. Суд принял к сведению, что между полицией и лицами, находящимися в доме, было вооруженное противостояние и, таким образом, отверг предположение, что офицеры полиции совершили внесудебное убийство<sup>158</sup>. Тем не менее он заметил, что во время операции не проводилось никакого различия между силой смертельного и несмертельного действия: полицейские применяли только огнестрельное оружие, не слезоточивый газ и не гранаты шокового действия. Неконтролируемая жестокость нападения на дом неизбежно поставила под серьезную угрозу жизнь подозреваемых. Суд критически отнесся к тому, что не существовало достаточных правовых оснований, полицейским не были даны инструкции не применять силу смертельного действия и что поэтому имело место нарушение права на жизнь<sup>159</sup>. Здесь снова, хотя Суд не оспаривал тот факт, что члены РПК оказали вооруженное сопротивление, он применил к ситуации строгие требования практики правоприменения.

У этих дел есть общая черта: хотя лица были предполагаемыми или подозреваемыми террористами, Суд применяет все гарантии прав человека в полном объеме в том, что касается права на жизнь, включая необходимость избегать применения силы, применять оружие, которое не будет причинять смертельных повреждений, и делать предупреждения.

В целом ряде недавних случаев, касающихся операций служб безопасности против курдских повстанцев в Турции и чеченских повстанцев в России, Европейский суд по правам человека использовал формулировки, которые гораздо ближе к гуманитарному праву, чем к праву прав человека. В нескольких делах, рассматриваемых после дела «Эрги против Турции», Суд, оценивая соразмерность применения силы в соответствии со статьей 2 ЕКПЧ, постановил, что государство отвечало за «принятие всех практически возможных мер предосторожности при выборе средств и методов проведения операций силами безопасности против оппозиционной группы с тем, чтобы избежать и

158 *Hamiyet Kaplan v. Turkey*, Judgment of 13 September 2005, para. 50.

159 *Ibid.*, paras. 51–55. См. также: *Akhmadov and others v. Russia*, Judgement of 14 November 2008, para. 99.

в любом случае свести к минимуму случайные потери среди гражданского населения»<sup>160</sup> — стандарт, который можно обнаружить не в праве прав человека, но в обязательстве, изложенном в статье 57 (2) (а) (ii) Дополнительного протокола I, принимать меры предосторожности при нападении. Суд признал, что ранения гражданским лицам были нанесены в результате применения силы против членов организованных вооруженных групп, не называя это применение силы несоизмерным<sup>161</sup>. Как сказано выше, этот критерий несколько отличается от критерия в праве прав человека — он не требует ни того, чтобы сила могла применяться только в качестве последнего средства, ни того, чтобы избегать по возможности применения силы, щадя не только мирных граждан, но и лицо, против которого направлены действия.

В деле Исаевой, Юсуповой и Базаевой рассматривался вопрос об убийстве гражданских лиц во время ракетного удара по колонне гражданских автомобилей. Хотя Суд сделал общее заявление о необходимости избегать применения силы, которая может привести к смертельному исходу<sup>162</sup>, его критерием фактически служило выяснение вопроса, можно ли было избежать причинения вреда гражданским лицам «вблизи того, что военные могли принять за военные объекты»<sup>163</sup>. С другой стороны, в деле «Исаева против России», в котором рассматривались обстоятельства, когда истец и ее родственники подверглись ракетному удару, пытаясь покинуть деревню по дороге, которую они считали безопасной, Суд принял несколько иной подход. Признавая необходимость исключительных мер в условиях чеченского конфликта<sup>164</sup>, Суд тем не менее напомнил, что Россия не ввела чрезвычайного положения и не сделала никаких отступлений от обязательств в соответствии со статьей 15 ЕКПЧ, поэтому ситуация должна была «оцениваться с точки зрения нормального правового положения»<sup>165</sup>. Затем он постановил, что:

160 *Ergi v. Turkey*, примечание 43 выше, ч. 79; *Ahmed Özkan and others v. Turkey*, примечание 43 выше, ч. 297. В деле Эрги Суд пошел очень далеко в своем требовании о принятии мер предосторожности, что включало обеспечение защиты от огня, ведущегося членом РПК, попавшим в засаду, против гражданских лиц: *Ergi*, ч. 79, 80.

161 *Ahmed Özkan and others v. Turkey*, примечание 43 выше, ч. 305; однако Суд определил, что силам безопасности надлежало проверить после боевых операций, были ли ранены гражданские лица, ч. 307.

162 *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, примечание 43, ч. 171; в деле *Isayeva v. Russia*, примечание 43 выше, ч. 175–176, Суд применил оба стандарта.

163 *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, примечание 43 выше, ч. 175.

164 *Isayeva v. Russia*, примечание 43 выше, ч. 180.

165 *Ibid.*, ч. 191.

«[д]аже в такой ситуации, когда, как утверждает правительство, население деревни удерживалось в заложниках большой группой хорошо вооруженных и подготовленных боевиков... массивное применение неизбирательного оружия... не может считаться совместимым со стандартом осторожности и тщательности, с которыми должна проводиться операция такого рода, связанная с применением силы, которая может привести к смертельному исходу и которая применяется представителями государства»<sup>166</sup>.

Он далее постановил, что жителей деревни следовало предупредить о нападении раньше и у них должна была быть возможность покинуть деревню заблаговременно<sup>167</sup>. Таким образом, Суд применил модель прав человека, основываясь на том, что ситуация касалась действий правоохранительных органов. Но затем он также принял во внимание действия мятежников и сконцентрировал больше внимания на неизбирательном характере оружия и отсутствии предупреждения и безопасного коридора для гражданских лиц. Он не ставил под вопрос правомерность нападений на мятежников, даже если они не представляли непосредственной опасности<sup>168</sup>.

Из прецедентного права Европейского суда по правам человека можно сделать вывод о том, что Суд — хотя всегда неявным образом и не всегда абсолютно последовательно — в широком смысле проводит различие между двумя типами ситуаций. С одной стороны, это такие ситуации, как в делах МакКанна, Гюля, Огура и Каплана, когда отдельные члены вооруженных групп или лица, подозреваемые в таком членстве, были убиты, и не было принято достаточных мер предосторожности для того, чтобы совсем избежать применения смертельной силы, в том числе и против этих лиц. С другой стороны, ситуации, подобные тем, что рассматривались в делах Эрги, Озкана, Исаевой, Юсуповой и Базоевой, а также Исаевой, когда правительственные силы осуществляют военные операции против повстанцев или ведут настоящие боевые действия против вооруженной группы. Во втором случае Суд, как представляется, применяет стандарты, если не явным образом, то имплицитно вытекающие из гуманитарного

166 Ibid., ч. 191.

167 Ibid., ч. 193–200.

168 Однако представляется, что в деле «Ахмадов и другие против России» он выдвинул требование, чтобы незаконные боевики представляли угрозу для военнослужащих. *Akhmadov and others v. Russia*, Judgement of 14 November 2008, para. 101.

права, особенно критерий, указывающий на то, были ли приняты все возможные меры для того, чтобы избежать потерь среди гражданского населения. Он не ставит под сомнение право правительственных сил совершать нападения на силы оппозиции и не требует не применять смертельной силы даже при отсутствии непосредственной угрозы. Однако Суд все-таки, кажется, идет несколько дальше традиционного гуманитарного права, в частности когда он требует, чтобы местное население предупреждалось о возможном прибытии мятежников в их деревню<sup>169</sup> и чтобы принимался во внимание огонь, который ведется силами оппозиционной группировки и который может угрожать жизни жителей деревни<sup>170</sup>.

И наконец, следует сказать об одном из последних дел, решение по которому было вынесено Верховным судом Израиля. Верховный суд должен был вынести решение относительно точечной ликвидации членов вооруженных группировок — не в контексте немеждународного вооруженного конфликта, а в условиях оккупации. Тем не менее его выводы полезны для нашего анализа, потому что Верховный суд фактически сочетал стандарты гуманитарного права и права прав человека. Считая, что «террористы» были «гражданскими лицами, которые являются незаконными комбатантами»<sup>171</sup>, и что те, по крайней мере, гражданские лица, которые вступили в «террористическую организацию» и совершают неоднократно враждебные действия, утрачивают свой иммунитет от нападений на то время, когда они совершают враждебные действия — то есть также и между этими действиями, которые составляют цепочку — он постановил следующее<sup>172</sup>:

«[Г]ражданское лицо, принимающее прямое участие в военных действиях, не должно стать объектом нападения в то время, когда оно это делает, если можно использовать менее опасные средства. В наше национальное право эта норма была включена в силу принципа соразмерности. Действительно, из всех военных средств следует выбирать то, которое менее всего нанесет ущерб правам соответствующего лица... Таким образом, если террориста, принимающего непосредственное участие в военных действиях, можно арестовать, допросить и судить, то это

169 Ibid., para. 187.

170 *Ergi v. Turkey*, примечание 43 выше, ч. 79.

171 *Targeted Killings case*, примечание 144 выше, ч. 28.

172 Ibid., ч. 39.

именно те средства, которые должны применяться... Правовое государство применяет, насколько это возможно, правовые, а не силовые процедуры... Арест, расследование и судебный процесс не всегда могут быть осуществлены. Иногда такой возможности нет вовсе; иногда это связано с такой опасностью для жизни солдат, что этого не требуется... Однако такую возможность всегда следует рассматривать. Она, в частности, может быть практически осуществима в условиях оккупации, когда армия контролирует территорию, на которой проходит операция и на которой арест, расследование и судебный процесс могут быть осуществимыми возможностями... Конечно, если принимать во внимание конкретный случай, такая возможность могла и не существовать. Иногда вред, наносимый определенным действием находящимся рядом мирным жителям, может быть больше, чем тот, который будет причинен отказом от него. При таком положении дел подобное действие не должно предприниматься... [П]осле нападения на гражданское лицо, подозреваемое в активном участии в это время в военных действиях, должно быть проведено тщательное расследование относительно точности определения цели и обстоятельств нападения на него (задним числом). Это расследование должно быть независимым...»<sup>173</sup>

Хотя основанием для этого решения было национальное право, Верховный суд широко цитировал доктрину и прецедентное право Европейского суда по правам человека. Другими словами, Верховный суд все-таки принимал во внимание право прав человека, как об этом свидетельствуют формулировки («то, которое менее всего нанесет ущерб правам соответствующего лица»). Верховный суд требовал ареста всегда, когда это возможно, и расследования после применения силы. Хотя он не требовал ареста во всех ситуациях, расследование после каждого убийства требовалось обязательно.

### *Возможное взаимодействие гуманитарного права и права прав человека*

Из всех описанных выше решений становится ясно (с оговоркой, что большинство решений принадлежат Европейскому суду по пра-

173 Ibid., ч. 40, примечания не приводятся.

вам человека), что по предполагаемым членам вооруженных групп, «повстанцам» или «террористам» нельзя вести огонь с намерением убить, если существует возможность арестовать их. Это типичный случай, когда их обнаруживают в их доме, или недалеко от него<sup>174</sup>, или вдали от того места, где проходит бой<sup>175</sup>. Судебная практика Европейского суда по правам человека указывает на то, что это не так, когда правительственные силы ведут бой с вооруженными группами.

Как подчеркивают многие, гуманитарное право и право прав человека часто приводят к одному и тому же результату. В большинстве случаев, рассматриваемых органами по правам человека, результат, возможно, был бы тем же самым, если бы решение принималось в соответствии с гуманитарным правом. Ведь если соблюдать принципы военной необходимости и гуманности, боевики из вооруженных групп, не принимающие непосредственного участия в военных действиях, должны, если это практически возможно при сложившихся обстоятельствах, быть арестованы, а не убиты.

Однако если не принимать слишком широкого подхода к толкованию гуманитарного права в свете права прав человека<sup>176</sup>, ограничения на применение силы все еще, как представляется, значительнее в праве прав человека, чем в гуманитарном праве. Первое заключается в том, что любая операция, включая военные действия во время международного вооруженного конфликта<sup>177</sup>, связанная с применением силы, должна планироваться заранее, чтобы избежать, насколько это возможно, применения силы, которая может привести к смертельному исходу. Во-вторых, оружие должно выбираться так, чтобы избежать причинения смерти, насколько это возможно. В-третьих, любое предполагаемое нарушение права на жизнь должно влечь за собой независимое и беспристрастное расследование; родственники убитого лица имеют право на судебную защиту, если они могут достаточно обоснованно заявить, что было нарушено право на жизнь, и на персональное возмещение ущерба, если нарушение имело место. В связи

174 Как это было в деле *Guerrero v. Colombia*, примечание 38 выше; *Gül v. Turkey*, примечание 152 выше; *Oğur v. Turkey*, примечание 157 выше.

175 Как в деле *Gülec v. Turkey*, примечание 154 выше.

176 Как это было в деле *Gaggioli and Kolb*, примечание 119 выше, с. 148–9; Francisco Forrest Martin, «The united use of force rule: amplifications in light of the comments of Professors Green and Paust», *Saskatchewan Law Review*, Vol. 65 (2002), p. 405; Francisco Forrest Martin, «The united use of force rule revisited: the penetration of the law of armed conflict by international human rights law», *Saskatchewan Law Review*, Vol. 65 (2002), p. 451.

177 См. дело *Akhmadov and others v. Russia*, примечание 153, ч. 100.



с такими различиями вопрос о том, какое право применяется к конкретному случаю применения силы, остается важным с практической точки зрения. Есть несколько способов подойти к решению вопроса взаимодействия.

В том, что касается применения силы во время немеждународного вооруженного конфликта, первым способом было бы ограничить применение гуманитарного права географической территорией, на которой проходят бои. Некоторые аргументы в пользу этого подхода можно найти в деле Тадича:

«Хотя в Женевских конвенциях ничего не говорится о географической территории международных «вооруженных конфликтов», их положения предполагают, что, по крайней мере, некоторые из них применяются ко всей территории сторон в конфликте, а не только к зонам, приближенным к фактическим военным действиям. Конечно, некоторые из положений очень четко связаны с военными действиями, и географическая сфера действия этих положений должна быть ограничена. Другие, особенно те, которые связаны с защитой военнопленных и гражданских лиц, не ограничиваются»<sup>178</sup>.

Эта выдержка из материалов по делу Тадича могла бы быть понята как ограничение некоторых норм гуманитарного права ситуациями боевых действий, тем самым право прав человека преобладало бы во всех остальных ситуациях. Однако последующая судебная практика Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии (МТБЮ) не подтвердила такого подхода, при котором отдельные части гуманитарного права были бы применимы ко всему конфликту, а другие — нет. В деле Кунарача Апелляционная камера четко заявила, что решающими критериями для применения гуманитарного права являются наличие вооруженного конфликта и связь соответствующего деяния с вооруженным конфликтом<sup>179</sup>. Чтобы разъяснить соотношение между гуманитарным правом и законами, применяемыми в мирное время, Камера постановила, что «[з]аконы войны не обязательно заменяют законы, регулирующие ситуации мирного времени; первые могут добавлять некоторые элементы, необходимые для защиты, которая должна быть предоставлена жертв-

178 *Prosecutor v. Dusko Tadić*, Case IT-94-1 (Appeals Chamber), Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para. 68.

179 *Prosecutor v. Kunarac et al.*, IT-96-23&23/1, Appeals Chamber, 12 June 2002, paras. 55–60.

вам в ситуациях военного времени»<sup>180</sup>. Если перенести это на отношения между гуманитарным правом и правом прав человека, то окажется, что в то время как гуманитарное право применяется на всей территории страны в ситуации вооруженного конфликта, оно не является единственным применимым сводом норм, и право прав человека может добавлять требования, которые должны соблюдаться государственными властями. Это убедительный подход: действительно, если существует связь с конфликтом, например, если силы безопасности преследуют члена вооруженной группы, то абсолютный отказ от применения гуманитарного права противоречил бы его задачам и цели. Такой отказ привел бы к расколу гуманитарного права, в результате чего некоторые его нормы (например касающиеся задержания) применялись бы всегда, а другие (о ведении военных действий) — нет.

Для того чтобы сохранить применение гуманитарного права и права прав человека в полном объеме ко всей территории, лучшим подходом будет применение правила *lex specialis*. Что касается материального права на жизнь — то есть законно ли убийство или нет, — то вопрос о том, какой корпус права является *lex specialis*, должен быть решен ссылкой на их объект и цели: основную посылку права прав человека составляет применение полномочий правоохранительных органов, в то время как гуманитарное право, в общем, сконцентрировано на поле сражения (за исключением оккупации, о которой будет сказано ниже). Поэтому применение права прав человека реально, только если практически возможно применять средства, которыми располагают правоохранительные органы, следовательно, только в операциях, проводимых силами безопасности (вооруженными силами или полицией), при осуществлении некоторого эффективного контроля над ситуацией. В этих случаях право прав человека составляет *lex specialis*. В ситуациях боевых действий, с другой стороны, *lex specialis* является гуманитарное право<sup>181</sup>.

Что касается ведения военных действий, праву прав человека обычно хватает гибкости для того, чтобы вместить *lex specialis* гума-

180 *Prosecutor v. Kunarac et al.*, IT-96-23&23/1, Appeals Chamber, 12 June 2002, para. 60.

181 В этом смысле см. также: Marco Sassòli, «La Cour Européenne des Droits de L'homme et les Conflits Armés», in Stephan Breitenmoser, Bernhard Ehrenzeller, Marco Sassòli, Walter Stoffel and Beatrice Wagner Pfeifer (eds.), *Droits de l'homme, Democratie et Etat De Droit, Liber Amicorum Luzius Wilhaber*, Dike, Zürich, 2007, pp. 709, 721; Marco Sassòli, «Le Droit International Humanitaire, une Lex Specialis par Rapport aux Droits Humains?», in Andreas Auer, Alexandre Flückiger and Michel Hottelier (eds.), *Etudes en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni: Les Droits Humains et la Constitution*, 2007, p. 394.

нитарного права. Именно здесь начинает действовать заявление Международного суда: «Однако критерий того, что является произвольным лишением жизни, должен быть определен применимым *lex specialis*, и именно правом, применимым во время вооруженного конфликта, которое предназначено регулировать ведение военных действий»<sup>182</sup>. Единственное исключение можно найти в статье 2 Европейской конвенции о правах человека, которая не говорит о «произвольном лишении жизни», но, излагая гораздо более строгие требования, допускает отступления в соответствии со статьей 15 ЕКПЧ в том, что касается «случаев гибели людей в результате правомерных военных действий». При отсутствии отступлений Суд тем не менее аккуратно применил нормы гуманитарного права в ситуациях, которые характеризовались как ситуации поля боя, и, действительно, гуманитарное право является в таких ситуациях *lex specialis*.

За пределами ситуаций военных действий гуманитарное право может обычно либо толковаться в свете права прав человека<sup>183</sup>, либо дополняться им. Только там, где эти два свода права противоречат друг другу, преобладать будет право прав человека.

Что такое эффективный контроль? Невозможно ответить на этот вопрос полностью удовлетворительно, но отдельные указания можно обнаружить в некоторых полезных критериях. Географический критерий, хотя и не исключительный, является основным. О некоторых территориях говорится, что они находятся под более или менее эффективным контролем правительственных сил. Если вдали от зоны боев военные хотят задержать повстанца, они могут сделать это, применяя правоприменительные средства. Другими словами, чем ближе ситуация к полю сражения, тем сильнее будет преобладать гуманитарное право, и наоборот. Другим соответствующим критерием может, например, быть уровень вооруженного сопротивления, с которым сталкиваются силы безопасности, продолжительность боев — в отличие от изолированных или спорадических действий или тип применяемого оружия. На практике все это определить не так просто. Но последовательное и логичное толкование этих существующих сводов права

182 Дело о ядерном оружии, примечание 46 выше, ч. 25; однако Международный суд не проводит какого-либо различия между ситуациями или типами вооруженного конфликта и это, возможно, означает, что гуманитарное право всегда является *lex specialis* во время вооруженного конфликта; см. например: Leslie Green, «The 'unified use of force rule' and the law of armed conflict: a reply to Professor Martin», *Saskatchewan Law Review*, Vol. 65 (2002), p. 427.

183 Gaggioli and Kolb, примечание 119 выше, с. 141, 148 и сл. Эти авторы считают, например, что судебная практика ЕСПЧ предлагает толкование принципа принятия мер предосторожности.

должно предоставить основу, которая укажет направление, оставаясь в то же время гибкой для того, чтобы охватить большое число возможных ситуаций.

Против применения права прав человека к ситуациям конфликта между правительством и вооруженными группами есть такое возражение: оно налагает ограничения на правительство, не ограничивая вооруженные оппозиционные группировки. Действительно, право прав человека традиционно применимо только по отношению к государственным властям. Хотя этот вопрос остается спорным в доктрине, факт остается фактом: даже если вооруженные оппозиционные группировки считались бы связанными правами человека, только действия правительств будут контролироваться международными правозащитными органами, такими как Комитет по правам человека, Европейский суд по правам человека или Межамериканская комиссия по правам человека. Значит ли это, что государство «должно сражаться, когда одна рука у него привязана к спине?»<sup>184</sup> Утверждается, что такой дисбаланс между правительственными силами и вооруженными оппозиционными группами не создается дополнительными ограничениями права прав человека. Так было бы только в случае, если сторонам разрешалось применять равную силу, тогда это равенство оказалось бы нарушено дополнительным требованием, предъявляемым правительству. Но это не так, поскольку любая неправительственная группировка, которая нападает на правительство, остается преступной в соответствии с национальным правом, а гуманитарное право для немеждународных вооруженных конфликтов не защищает членов группы от уголовного преследования в соответствии с национальным правом, как оно защищает комбатантов во время международных вооруженных конфликтов<sup>185</sup>.

## Оккупация

В отличие от немеждународного вооруженного конфликта в международном вооруженном конфликте применение силы обычно характеризуется операциями, более сходными с боевыми действиями, особенно военными операциями с воздуха, как во время конфликта между

184 Françoise Hampson, «Human rights and humanitarian law in internal conflicts», in Michael Meyer (ed.) *Armed Conflict and the New Law: Aspects of the 1977 Geneva Protocols and the 1981 Weapons Convention*, British Institute of International and Comparative Law, London, 1989, p. 60.

185 Doswald-Beck, примечание 147 выше, с. 890.

Соединенными Штатами и Афганистаном в 2001 г., между силами коалиции и Ираком весной 2003 г. или между Израилем и Ливаном летом 2006 г. В таких ситуациях право прав человека обычно неприменимо из-за отсутствия эффективного контроля<sup>186</sup>. Оккупация представляет собой другую ситуацию. Здесь встает вопрос об отношениях между правами человека и гуманитарным правом, которые похожи скорее на отношения, существующие во время немеждународного вооруженного конфликта.

Одним из основных обязательств оккупирующей державы в соответствии со статьей 43 Гаагского положения 1907 г. является принятие всех зависящих от него мер «к тому, чтобы, насколько возможно, обеспечить общественный порядок и общественную жизнь». Это положение налагает на власти оккупирующей державы обязательство по обеспечению правопорядка: общественный порядок обычно восстанавливается путем полицейских, а не военных операций<sup>187</sup>. Особой чертой гуманитарного права, примененного к ситуациям оккупации, является то, что оно предполагает эффективную власть и эффективный контроль<sup>188</sup>, что обычно трудно обеспечить на поле боя. Гаагское положение 1907 г. также содержит два явно разных отдела: «О военных действиях» (Отдел II) и «О военной власти на территории неприятельского государства» (Отдел III). В том же духе Женевская конвенция IV четко указывает, что нормальная процедура для обеспечения общественного порядка и безопасности обеспечивается уголовным законодательством, а не боевыми действиями<sup>189</sup>.

Какие ситуации в таком случае требуют от оккупирующей державы уважать право прав человека, поскольку она осуществляет обязательства по обеспечению правопорядка? И в каких ситуациях продолжающиеся военные действия требуют применения силы в соответствии с гуманитарным правом? Пользуясь отвлеченными правовыми формулировками, ответить можно так же, как это предлагалось выше: если оккупирующая держава осуществляет эффективный контроль, если ситуация требует правоприменительных мер и если есть возможность произвести аресты, оккупирующая держа-

186 Как это было в обстоятельствах дела «Банкович и другие против Бельгии и других», рассматриваемого ЕСПЧ, примечание 67 выше.

187 Marco Sassòli, «Legislation and maintenance of public order and civil life by occupying powers», *European Journal of International Law*, Vol. 16 (2005), p. 665.

188 Гаагское положение 1907 г., статья 42.

189 Женевская конвенция IV, статьи 64 и 65.

ва должна действовать в соответствии с требованиями права прав человека<sup>190</sup>.

Конкретный вопрос, встающий перед оккупирующей державой, заключается в следующем: можно ли нападать на лиц из состава сил противника или на членов организованного движения сопротивления с целью убить их (в соответствии с нормами, регулирующими ведение военных действий во время международного вооруженного конфликта) или силы оккупирующей державы должны арестовать их, поскольку обладают достаточно эффективным контролем над ситуацией, чтобы быть в состоянии сделать это?

Поэтому на практике необходимо дифференцированно подходить к различным ситуациям оккупации, так как хотя само определение «оккупации» в гуманитарном праве предполагает контроль, в реальности могут складываться ситуации оккупации, когда контроль над территорией осуществляется лишь частично. Если военные действия продолжаются или возобновляются, гуманитарное право о ведении военных действий должно преобладать над правом прав человека, что предполагает контроль над его применением. Вопрос, конечно, заключается в том, когда можно сказать, что военные действия возобновились. Не всякая преступная деятельность, даже насильственного характера, может рассматриваться как вооруженное нападение. Что можно сказать о военном сопротивлении со стороны групп, которые формально не являются лицами из состава вооруженных сил оккупированного государства? Как уже предлагалось на совещании по вопросу о праве на жизнь во время вооруженных конфликтов, которое было организовано Университетским центром международного гуманитарного права в Женеве в 2005 г.<sup>191</sup>, критерием наличия ситуации военных действий может послужить критерий, примененный МТБЮ для определения существования немеждународного вооруженного конфликта — конкретный минимальный уровень интенсивности и продолжительности насилия<sup>192</sup>. В таких ситуациях потребуется реакция со стороны

190 Об этом см.: Любелл, примечание 134; см. также: Melzer, примечание 103 выше, с. 224–30, на основании того, что гуманитарное право само приводит к этому результату.

191 University Centre for International Humanitarian Law, Expert Meeting on the Right to Life in Armed Conflict and Situations of Occupation, 1–2 September 2005 (далее — UCIHL Meeting Report), см.: [www.adh-geneva.ch/events/expert-meetings.php](http://www.adh-geneva.ch/events/expert-meetings.php) (последнее посещение 23 июля 2008 г.).

192 *Prosecutor v. Dusko Tadić*, Case IT-94-1 (Appeals Chamber), Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para. 70: «...длительное насилие между правительственными властями и организованными вооруженными группами или между такими группами в рамках государства».

военных, в то время как изолированные или спорадические нападения<sup>193</sup>, осуществляемые членами движений сопротивления, могут подавляться средствами, которыми располагают силы правоохранительных органов<sup>194</sup>.

Дело Аль-Скейни, хотя решение по нему и не принималось конкретно по этому вопросу, иллюстрирует, как трудно сделать выбор между применением права прав человека и гуманитарного права в ситуации оккупации, или, скорее, как трудно применять теорию на практике. Один из вопросов заключался в том, законно ли было, в соответствии с Европейской конвенцией о правах человека, убивать пятерых человек во время операции по безопасности, осуществляемой британскими войсками в городе Басра (Ирак) в 2003 г. Не вызывал сомнений тот факт, что, хотя в провинциях Басра и Майсан Ирака оккупация осуществлялась в то время британскими силами<sup>195</sup>, Соединенное Королевство не обладало исполнительной, законодательной или судебной властью в городе Басра. Силы Великобритании находились там с целью поддержания порядка в ситуации, близкой к анархии. Большинство в Апелляционном суде пришло к выводу, что эффективный контроль для целей применения Европейской конвенции о правах человека, не осуществлялся<sup>196</sup>.

Судебное решение свидетельствует о том, что возможны два подхода к применению прав человека в ситуациях оккупации. Большинство решило, что контроль не был достаточно эффективным даже для *применения* Европейской конвенции о правах человека экстерриториально. Другой путь достижения того же результата мог бы быть таким: хотя право прав человека применимо, вопрос о том, произошло ли нарушение права на жизнь, должен решаться применением норм международного гуманитарного права, которое имеет преобладающую силу в качестве *lex specialis*.

Совершенно очевидно, что эта проблема и выбор норм, касающихся применения силы, не только крайне важны для защиты гражданских лиц, но и имеют серьезные последствия для солдат. Чтобы

193 См. также: Дополнительный протокол II, статья 1 (2), в соответствии с которой случаи «нарушения внутреннего порядка и возникновения обстановки внутренней напряженности, таки[e] как беспорядки, отдельные и спорадические акты насилия и иные акты аналогичного характера», не являются вооруженными конфликтами.

194 UCIHL Meeting Report, Section D4.

195 *Al-Skeini case* (CA), примечание 78 выше, ч. 119.

196 *Ibid.*, ч. 124. Палата лордов пришла к такому же выводу, что и большинство в Апелляционном суде, но на том основании, что Акт о правах человека не имел экстерриториального применения. *Al-Skeini case* [UKHL], примечание 78 выше, особенно ч. 26 и 109–132.

не совершать нарушений, солдаты должны получить четкие правила применения силы и соответствующую подготовку. На практике этого лучше всего можно добиться, разделив функции полиции и вооруженных сил<sup>197</sup>. Даже в этом случае провести различие между обычным преступником и комбатантом будет иногда крайне сложно, как это признано, например, в Докладе о результатах выполнения задачи американскими силами в Ираке<sup>198</sup>.

## Расследования, средства защиты, возмещение ущерба

Право прав человека и гуманитарное право имеют основополагающие различия в целом ряде процессуальных аспектов, относящихся к праву на защиту и к процессуальной правоспособности в соответствии с правом прав человека. Они изначально различаются в отношении к персональному праву на возмещение ущерба. Если гуманитарному праву неизвестно о такой процессуальной правоспособности на международном уровне, основные договоры по правам человека имеют механизм подачи персональных заявлений (жалоб), в результате чего появилось прецедентное право, касающееся права на судебную защиту, права на расследование и права на возмещение ущерба. Такое прецедентное право уже начало влиять на понимание гуманитарного права и может оказывать подобное влияние и в будущем.

### Расследования

В гуманитарном праве содержится целый ряд требований, касающихся проведения расследований, в основном в отношении воен-

197 См. также: Watkin, примечание 129 выше, с. 24; Sassòli, примечание 187 выше, с. 668.

198 «Переход от боевых действий к операциям по обеспечению стабильности и поддержки требует значительного и серьезного изменения в подходе. Солдат просили перейти от поражения противника к предоставлению защиты и взаимодействию, а затем снова к применению смертельной силы. Это постоянное изменение в психологическом настрое серьезно осложняет жизнь среднего солдата. Солдаты плохо понимают правила применения силы и находятся в замешательстве, в результате постоянно возникают вопросы и проблемы, связанные с защитой сил на контрольно-пропускных пунктах и при осуществлении патрулирования». After Action Report, «SUBJECT: Operation Iraqi Freedom After Action Review Comments,» 24 April 2003, conducted by TCM C/3–15 Infantry, Task Force 1–64 (declassified), cited in Human Rights Watch, Hearts and Minds, Annex II, [www.hrw.org/reports/2003/iraq1003/10.htm](http://www.hrw.org/reports/2003/iraq1003/10.htm) (последнее посещение 23 августа 2007 г.).



ных преступлений<sup>199</sup>, но также, например, в связи со смертью военнопленных<sup>200</sup> или гражданских интернированных лиц<sup>201</sup>. Обязательства в отношении проведения расследований были развиты в договорном праве, мягком праве и судебной практике по правам человека, и сейчас они разработаны гораздо подробнее, чем в международном гуманитарном праве<sup>202</sup>. В праве прав человека обвинения в совершении серьезных нарушений прав человека, особенно заявления о жестоком обращении или противоправном убийстве, должны стать предметом незамедлительного беспристрастного тщательного и независимого официального расследования. Лица, несущие ответственность за расследование и проводящие его, должны быть независимы от лиц, замешанных в рассматриваемых событиях. Расследование должно осуществляться таким образом, чтобы привести не только к установлению фактов, но и к определению законности действий и лиц, несущих ответственность. Власти должны предпринять разумные шаги для обеспечения наличия доказательств и свидетельств, касающихся инцидента, в том числе показаний свидетелей, результатов судебно-медицинской экспертизы и, если это необходимо, аутопсии. В целом это должно составить полный и точный отчет о повреждении и объективный анализ клинических данных. Для обеспечения доверия общественности к расследованию, в нем должен иметь место элемент общественного контроля. В то время как степень общественного внимания может быть разной в зависимости от случая, родственники жертвы должны во всех слу-

199 Это подразумевается в формулировке обязательства разыскивать лиц, которые, как предполагается, совершили серьезные нарушения, и предавать их суду. Статьи 49/50/129/146 четырех Женевских конвенций соответственно; Дополнительный протокол I, статья 85.

200 Женевская конвенция III, статья 121.

201 Женевская конвенция IV, статья 131.

202 См.: Принципы эффективного предупреждения и расследования незаконных, произвольных и суммарных казней, рекомендованные резолюцией 1989/65 Экономического и Социального совета, от 24 мая 1989 г.; Принципы эффективного расследования и документирования пыток и других видов жестокого, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения и наказания; в обширной судебной практике см.: Комитет по правам человека, Заключительные замечания: Сербия и Черногория, ч. 9, UN Doc. CCPR/CO/81/SEMO, 12 августа 2004 г.; Заключительные замечания: Бразилия, ч. 20, UN Doc. CCPR/C/79/Add.66, 24 июля 1996 г.; Заключительные замечания: Колумбия, ч. 32 и 34, UN Doc. CCPR/C/79/Add. 76, 5 мая 1997 г.; Комитет против пыток, Выводы и рекомендации: Колумбия, ч. 10 и сл., UN Doc. CAT/C/CR/31/1, 4 февраля 1997 г.; I/A Court H R, *Myrna Mack-Chang v. Guatemala*, Judgment of 25 November 2003, Series C No. 101; *Caracazo v. Venezuela* (Reparation), Judgment of 29 August 2002, Series C No. 95; *Juan Humberto Sánchez v. Honduras*, Judgment of 26 November 2003, Series C No. 99, para. 186; African Commission on Human and Peoples' Rights, *Amnesty International et al. v. Sudan*, 26th and 27th Ordinary Sessions, May 2000, para. 51; Eur Court HR, *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, примечание 43 выше, ч. 208–213 (summary of constant jurisprudence of the Court).

чаях участвовать в процессе таким образом, чтобы гарантировалось соблюдение их законных интересов; им необходимо предоставить защиту от любых форм запугивания. Результаты расследования должны опубликовываться. Европейский суд даже установил презумпцию ответственности государства, если люди были убиты на территории, находящейся под исключительным контролем властей<sup>203</sup>, поскольку о событиях, происходящих на этой территории, власти имеют полную информацию<sup>204</sup>.

Правозащитные органы, не колеблясь, применяли эти требования в отношении расследований в ситуациях вооруженных конфликтов<sup>205</sup>. Специальный докладчик ООН по внесудебным, произвольным и суммарным казням недавно выразил сожаление в связи с тем фактом, что расследования в ситуациях вооруженного конфликта ведутся реже и часто более снисходительны, чем в мирное время<sup>206</sup>.

В этой области у прав человека есть возможность дополнить гуманитарное право, особенно в отношении применения силы или обвинений в жестоком обращении. Действительно, очень важно провести различие между материальным правом, предоставляющим основания для применения силы, которые в праве прав человека отличаются от оснований гуманитарного права, и вопросом расследования, которое прежде всего требует сбора фактов. В том, что касается последнего, нет никакого противоречия между правами человека и гуманитарным правом. Гуманитарное право не так подробно излагает обязанность вести расследование, но нет причин понимать это в том смысле, что оно не допускает применения этого обязательства в соответствии с правом прав человека.

Совершенно очевидно, что нереалистично требовать проведения расследования после каждого случая применения силы в ходе боевой операции<sup>207</sup>. Но существует промежуточная ступень между рассмотрением каждого выстрела во время вооруженного конфликта

203 *Akkum v. Turkey*, Judgment of 24 March 2005, paras. 208–211.

204 *Ibid.*, para. 211.

205 ECtHR, *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, примечание 43 выше, ч. 208–213; I/A Court H R, *Myrna Mack-Chang v. Guatemala*, примечание 202 выше; Комитет по правам человека, Заключение: Колумбия, UN Doc. CCPR/C/79/Add. 76, 5 мая 1997 г., ч. 32.

206 Внесудебные казни, казни без надлежащего судебного разбирательства или произвольные казни. Доклад Специального докладчика Филипа Алстона, UN Doc. E/CN.4/2006/53, 8 марта 2006 г., ч. 33–38.

207 Melzer, примечание 103 выше, с. 526 и сл.

и абсолютным игнорированием любых заявлений о нарушениях права на жизнь. На практике, особенно в контексте борьбы с действиями повстанческих сил, очень часто факты не очевидны. Если расследование не ведется, лица из состава сил безопасности могут с излишней легкостью заявлять, что они действовали, исходя из того, что сила на поражение была необходимой, поскольку им грозило неизбежное нападение<sup>208</sup>, или же что повстанцы погибли, попав под перекрестный огонь<sup>209</sup>. Во многих таких обстоятельствах единственный способ добиться результатов — независимое расследование, в ходе которого будут заслушаны не только лица из состава сил безопасности, но и свидетели со стороны жертв или их семей.

В судебной практике по правам человека есть элементы, которые, конечно, являются новыми для ситуаций вооруженного конфликта. Не все требования, предъявляемые к расследованию в мирное время, могут непосредственным образом переноситься на ситуации вооруженного конфликта. Кроме того, расследования могут проводиться, только если это практически возможно в сложившейся ситуации с обеспечением безопасности и если во внимание принимается реальность вооруженного конфликта<sup>210</sup>, например, проблемы со сбором свидетельств в боевой обстановке, отсутствие доступа для лиц, проводящих расследование, или необходимость обеспечить безопасность свидетелей. С другой стороны, нельзя сказать, что расследования как таковые невозможны во время вооруженных конфликтов<sup>211</sup>. В обстоятельствах, в которых возникают опасения относительно законности действий, особенно в случаях точечной ликвидации отдельных лиц, расследование должно проводиться, по крайней мере, тогда, когда существуют разумные сомнения относительно того, было ли убийство законным<sup>212</sup>. Процедуры проведения расследования в ситуациях вооруженного конфликта должны разрабатываться и далее, но совершенно очевидно, что они должны соответствовать требованиям независимости и беспристрастности. Было установлено, что если ведется военное расследование, возникают особые проблемы, связанные

208 Как это имело место в деле *Gül v. Turkey*, примечание 152 выше, ч. 81, 89, или в деле *Oğur v. Turkey*, примечание 157 выше, ч. 80.

209 Как это имело место в деле Межамериканского суда по правам человека, *Escué-Zapata v. Colombia*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of July 4, 2007, Series C No. 165, para. 39.

210 *Watkin*, примечание 129 выше, с. 34.

211 *Gaggioli and Kolb*, примечание 119 выше, с. 126.

212 *Kretzmer*, примечание 103 выше, с. 201, 204.

с независимостью<sup>213</sup>. Военные расследования должны быть тщательно проанализированы, для того чтобы оценить их независимость и беспристрастность и ту роль, которую в них разрешается играть жертвам и их семьям.

## Судебное следствие

В то время как гуманитарное право сосредоточивает внимание на «сторонах в конфликте», права человека в центр ставят отдельного человека, и сформулированы они, чтобы предоставить права отдельному лицу<sup>214</sup>. Это не означает, что в гуманитарном праве не предусматриваются права. Напротив, Женевские конвенции были специально сформулированы так, чтобы закрепить личные и нематериальные права<sup>215</sup>. Но на международном уровне право прав человека, по крайней мере в том, что касается гражданских и политических прав<sup>216</sup>, признает право на судебную защиту, то есть право подать личную жалобу касательно предполагаемых нарушений<sup>217</sup>. Такое право не предусмотрено в гуманитарном праве<sup>218</sup>. Большая часть прецедентного права, касающегося взаимодействия между правами человека и гуманитарным правом, основана на праве прав человека, потому что жертвы могли обращаться только в правоза-

213 Доклад Специального докладчика, примечание 206 выше, ч. 37; см. также в более общем плане: Federico Andreu, *Fuero military y derecho internacional*, International Commission of Jurists, 2003, pp. 112–26; I/A Commission H R, Third Report on the Human Rights Situation in Colombia, OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rev 1, 26 February 1999, Ch. V, paras. 17–60; Доклад, представленный Специальным докладчиком Подкомиссии по поощрению и защите прав человека Эммануэлем Деко: Вопрос об отправлении правосудия военными трибуналами, UN Doc. E/CN.4/2006/58, 13 января 2006 г., ч. 32–35.

214 Ben Naftali and Shany, примечание 103 выше, с. 17, 31.

215 Jean Pictet (ed.), *Commentary to the First Geneva Convention*, 1960, pp. 82, 83; см., в частности, обсуждение общих статей 6/6/6/7 четырех Женевских конвенций; Yoram Dinstein, «The international law of inter-state wars and human rights», *Israel Yearbook of Human Rights*, Vol. 1 (1971), pp. 139, 147.

216 И см. теперь новый Факультативный протокол к Международному пакту об экономических, социальных и культурных правах, UN Doc. A/HRC/8/L.2, 9 июня 2008 г.

217 См.: МПГПП, статья 2 (3); ЕКПЧ, статья 13; АКПЧ, 25; Африканская хартия прав человека и народов, статья 7 (1) (а); Основные принципы и руководящие положения, касающиеся права на правовую защиту и возмещение ущерба для жертв грубых нарушений международных норм в области прав человека и серьезных нарушений международного гуманитарного права, принятые резолюцией ГА ООН 60/147, 16 декабря 2005 г., UN Doc. A/RES/60/147, 21 марта 2006 г.

218 Зегвельд, Лисбет. Средства судебной защиты жертв нарушений международного гуманитарного права // Международный журнал Красного Креста: Сборник статей. 2003. № 849–852. С. 227–264.

щитные учреждения. Вот почему, как представляется, одним из наиболее важных последствий применения права прав человека к ситуациям вооруженного конфликта является надлежащее судебное рассмотрение. Никогда ранее ситуации международного вооруженного конфликта или военных операций, проводимых за границей, не подвергались такому тщательному рассмотрению, как в случаях с Косово, Ираком или Афганистаном. Иногда утверждается, что такое судебное рассмотрение неуместно в отношении военных действий, но так ли это?<sup>219</sup>

Необходимость существования не только международного уголовного суда, но и более эффективного надзорного механизма в области гуманитарного права или даже «учреждения или трибунала, в чьи функции входило бы принятие жалоб на правительства, которые нарушают положения [Гаагских и Женевских] Конвенций»<sup>220</sup>, обсуждается в течение многих десятилетий<sup>221</sup>. На международном уровне такой суд или трибунал никогда не пользовался одобрением государств. Может ли тогда существовать причина для ограничения доступа к судам, по крайней мере, на национальном уровне? Значит ли это, что вопросы гуманитарного права не подлежат рассмотрению в суде из-за исключительного характера военных действий? Практика свидетельствует о том, что этот аргумент не является преобладающим, поскольку существует долгая история толкования гуманитарного права судами.

Действительно, международные суды, такие как Международный суд ООН, международные и смешанные трибуналы и национальные суды имеют практику толкования международного гуманитарного права. Действительно, национальные суды, будь то в Израиле, Колумбии или в других странах, рассматривают дела, в которых основанием для

219 Такой аргумент выдвигался, например, Государственной прокуратурой в деле о точечной ликвидации, примечание 144 выше, ч. 47.

220 Sean MacBride, «Human rights in armed conflict, the inter-relationship between the humanitarian law and the law of human rights», *IX Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, 1970, p. 388.

221 См.: A. H. Robertson, «Humanitarian Law and Human Rights», in Christophe Swinarski (ed.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles, in Honour of Jean Pictet*, 1984, pp. 793, 799; Сандо, Свиарски и Циммерман, примечание 23, ч. 3600–3602; Report of the Secretary General on Respect for Human Rights in Armed Conflict, UN Doc. A/7720, 20 November 1969, para. 230; Hampson, примечание 184 выше, с. 71; Dietrich Schindler, «Human rights and humanitarian law: interrelationship of the laws», *American University Law Review*, Vol. 31 (1982), p. 941. На Женевской конференции 1949 г., не вполне разделяя эту идею, но двигаясь в том же направлении, Франция предложила учредить «Высокий Международный Комитет» для «надзора за применением и обеспечением соблюдения Конвенции». Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, 1963, vol. 3 annex No. 21 and vol. 2, sec. B, p. 61.

жалобы и процессуальной правоспособности жертвы часто являются право прав человека или права, предусматриваемые в национальном законодательстве. Верховный суд Израиля часто вынужден был рассматривать вопрос о том, подлежит ли проблема рассмотрению в суде, и заявил в связи с этим:

«Суд не отказывается от судебного рассмотрения просто по той причине, что военный командир действует за пределами Израиля, или потому, что его действия имеют политические и военные последствия. Когда решения или действия военных командиров посягают на права человека, они подлежат рассмотрению в суде. Двери суда открыты. Тот аргумент, что посягательства на права человека должны рассматриваться с точки зрения обеспечения безопасности, не исключает судебного рассмотрения. «Соображения безопасности» или «военная необходимость» не являются волшебными словами...»<sup>222</sup>.

Нет никаких причин, по которым действия во время вооруженного конфликта не должны подлежать рассмотрению в суде. Но при отсутствии других возможностей большинство дел рассматривалось уголовными судами или правозащитными учреждениями.

Очевидно, что суды должны принимать во внимание особый характер войны. На практике они ссылались на здравый смысл и свободу действий командира или солдата в разгар операции. Примером судебного рассмотрения, в котором военному командиру предоставляется свобода действий с учетом его положения и точки зрения, служат дела Международного военного трибунала в Нюрнберге:

«От нас не требуется выносить определение того, действительно ли существовала настоящая военная необходимость для опустошения и разрушения Финмарка. Нас интересует вопрос о том, действовал ли подсудимый тогда, когда это происходило, в соответствии с добросовестной оценкой ситуации, сделанной на основании условий, сложившихся в то время... Наше обоснованное мнение заключается в том, что условия, как они представлялись подсудимому в то время, были достаточными для

222 *Mar'abe v. The Prime Minister of Israel*, HCJ 7957/04, The Supreme Court Sitting as the High Court of Justice, 15 September 2005, para. 31; См. также: *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel and the Commander of the IDF Forces in the West Bank*, HCJ 2056/04, The Supreme Court Sitting as the High Court of Justice, 30 June 2004, para. 46f.

того, чтобы он мог прийти к выводу, что настоятельная военная необходимость оправдывала принятое решение. Поскольку это так, подсудимый, возможно, допустил ошибку в своем суждении, но он не виновен в совершении какого-либо преступного деяния»<sup>223</sup>.

Иногда утверждается, что правозащитные органы и суды не обладают требуемыми опытом и знаниями для рассмотрения ситуаций вооруженных конфликтов<sup>224</sup>. Но с точки зрения жертв нарушений трудно утверждать, что при отсутствии каких-либо независимых международных средств юридической защиты, конкретно предусмотренных для международного гуманитарного права, обращение к региональным судам по правам человека или другим правозащитным органам не является правомерным. Скорее «[Т]от факт, что у человека есть средство защиты в соответствии с правом прав человека, придает дополнительную силу нормам международного гуманитарного права, соответствующим нормам прав человека, которые, как заявляется, были нарушены»<sup>225</sup>. Такое независимое рассмотрение может предоставить больше защиты жертвам или усилить защиту, предоставляемую другими механизмами или институтами<sup>226</sup>.

Еще одно критическое замечание: лица, находящиеся под защитой гуманитарного права, обычно не имеют возможности прибегнуть к какому-либо юридическому процессу, и лучше создать независимый орган, который будет действовать по собственной инициативе, а не судебные механизмы<sup>227</sup>. Совершенно справедливо — у людей часто нет доступа к какой-либо судебной защите. Множество существующих дел, однако, доказывает, что этот аргу-

223 *Wilhelm List case (Hostages Trial)*, United Nations War Crimes Commission. Law Reports of Trials of War Criminals, Volume VIII, 1949, p. 69, [www.ess.uwe.ac.uk/WCC/List4.htm](http://www.ess.uwe.ac.uk/WCC/List4.htm) (последнее посещение 4 августа 2008 г.).

224 Подкомиссия по поощрению и защите прав человека. Рабочий документ по вопросу о взаимосвязи между правом прав человека и международным гуманитарным правом, подготовленный Франсуазой Хэмпсон и Ибрахимом Саламой, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2005/14, 21 июня 2005, ч. 9–37.

225 Bothe, примечание 4 выше, с. 45; см. также: Meron, примечание 9 выше, с. 247, который пишет, что «сам их идеализм и наивность обладают наибольшей действенностью»; Рейди, примечание 44 выше, с. 637.

226 William Abresch, «A human rights law of internal armed conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya», *European Journal of International Law*, Vol. 16 (2005), p. 741; см. также: Bothe, примечание 4 выше, с. 90.

227 Schindler, примечание 221 выше, с. 941.

мент выдвигается недалёковидными авторами. Предлагается выбор между механизмом судебной защиты и иной правовой защитой, но это две не исключающие друг друга возможности. Существует множество способов предоставить защиту лицам во время вооруженного конфликта, будь то посредством деятельности гуманитарных организаций, таких как МККК, политических механизмов, таких как некоторые форумы ООН, судебных процессов, давления, оказываемого организациями, выступающими в защиту интересов жертв, или решений международных уголовных учреждений<sup>228</sup>. Судебное рассмотрение, в том числе судами по правам человека или национальными судами, предоставляющими процессуальную правоспособность жертвам нарушений основных прав, может быть действенным методом защиты.

На самом деле право прав человека не обязательно предоставляет больше защиты, если говорить о материальных правах<sup>229</sup>. Следует только помнить о двух важных ограничениях на право прав человека: это его зависимость от юрисдикции государства или осуществляемого им эффективного контроля и его необязательность для государств, не являющихся участниками соответствующих договоров<sup>230</sup>.

Кроме того, если правозащитные учреждения пренебрегают гуманитарным правом, особенно в ситуациях, когда оно является *lex specialis*, или искажают права человека, имплицитно, но не открыто используя формулировки гуманитарного права, это может привести к ослаблению обоих сводов права. Это также «мешает логичному истолкованию защитных норм во время вооруженных конфликтов, содействуя фрагментации»<sup>231</sup>.

Ясность в отношении того, какие нормы применимы в конкретной ситуации, была бы предпочтительнее для защиты жертв вооруженного конфликта в долгосрочном плане. Хотя большинство международных правозащитных учреждений не применяли между-

228 Интересный анализ различных механизмов предлагается в работе: Lindsay Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 232–77.

229 Aeyal M. Gross, «Human proportions: are human rights the emperor's new clothes of the international law of occupation?», *European Journal of International Law*, Vol. 18 (2007), p. 35. О более защитном аспекте некоторых положений гуманитарного права см.: Cordula Droege, «The interplay between international humanitarian law and international human rights law in situations of armed conflict», *Israel Law Review*, Vol. 40 (2007), p. 350.

230 Даже если считать, что права человека связывают негосударственные вооруженные группы, дело может быть возбуждено в международных учреждениях или судах только против государств.

231 Gaggioli and Kolb, примечание 119 выше, с. 126 (2007).



народное гуманитарное право непосредственным образом, поскольку их мандат позволял применять только соответствующие договоры по правам человека<sup>232</sup>, Межамериканский суд применял гуманитарное право, интерпретируя Американскую конвенцию о правах человека в свете Женевских конвенций, поскольку их содержание совпадает<sup>233</sup>. Межамериканская комиссия является единственным органом, который явным образом счел себя компетентным применять гуманитарное право<sup>234</sup>.

Таким образом, не существует конфликта между правом прав человека и гуманитарным правом в том, что касается средств правовой защиты. Просто в гуманитарном праве нет положений о праве отдельных лиц на судебную защиту. Оно не исключает судебной защиты отдельных лиц, если такая защита предусматривается другим сводом международного или национального права. Право прав человека расширило для жертв нарушений прав человека и гуманитарного права возможность обращаться в суды и другие правозащитные учреждения. Это не противоречит гуманитарному праву, но может на самом деле сделать более эффективным его соблюдение, хотя бы и через призму права прав человека.

## Возмещение ущерба

В то время как нарушения прав человека влекут за собой возникновение права на возмещение ущерба<sup>235</sup>, эквивалентные нормы о возмещении ущерба в праве международных вооруженных конфликтов признают

232 При рассмотрении двух недавних дел Европейский суд по правам человека вынужден был принимать решение по очень сложным вопросам международного уголовного права и МГП, но, как представляется, попытался избежать слишком сильного вторжения на территорию МГП: *Korbely v. Hungary*, Judgment of 19 September 2008, *Koronov v. Latvia*, Judgment of 24 July 2008, para. 122.

233 *Bátaca Velázquez v. Guatemala*, примечание 45 выше, ч. 207–209. Комитет по правам человека заявил, что он может принимать во внимание другие отрасли права при рассмотрении законности отступлений от обязательств. Human Rights Committee, General Comment No. 29: States of Emergency (article 4), UN Doc. CCPR/C/21/Rev1/Add.11, 24 July 2001, para. 10.

234 *Abella v. Argentina*, Case 11.137, I/A Cm HR Report No. 55/97, OEA/Ser.L/V/II.98, doc 6 rev, 1997, paras. 157–171.

235 См.: Основные принципы и руководящие положения, касающиеся права на правовую защиту и возмещение ущерба для жертв грубых нарушений международных норм в области прав человека и серьезных нарушений международного гуманитарного права. В различных договорах это право проистекает из норм, имеющих отличающиеся друг от друга формулировки, но одно и то же, по сути, содержание; см., например, МППП, статья 2 (3); ЕКПЧ, статья 41; КПП, статья 14; АКПЧ, статья 63.

это право или, по крайней мере, право требовать возмещения только для государств<sup>236</sup>. В гуманитарном праве немеждународных вооруженных конфликтов ничего не говорится о возмещении.

Однако ничто в международном гуманитарном праве не исключает прав на возмещение ущерба<sup>237</sup>. Многие серьезные нарушения гуманитарного права составляют одновременно серьезные нарушения прав человека. Став жертвой одного и того же деяния, например применения пыток, человек может иметь право на полное возмещение ущерба, поскольку это деяние составляет нарушение прав человека, даже если такое право не предусмотрено в соответствии с гуманитарным правом. Все сильнее ощущается тенденция признать, что государства должны в полном объеме возместить ущерб и за нарушения гуманитарного права. Основные принципы и руководящие положения, касающиеся права на правовую защиту и возмещение ущерба для жертв грубых нарушений международных норм в области прав человека и серьезных нарушений международного гуманитарного права, принятые Генеральной Ассамблеей в 2005 г.<sup>238</sup>, представляют собой шаг в этом направлении. Аналогичным образом Международный суд в своем Консультативном заключении о строительстве стены пришел к выводу, что Израиль был обязан возместить ущерб, причиненный всем физическим и юридическим лицам, пострадавшим в результате ее строительства<sup>239</sup>. Кроме того, имеется определенная практика действия механизмов возмещения ущерба, таких как Компенсационная комиссия ООН по возмещению ущерба и Смешанная комиссия по рассмотрению жалоб Эритреи и Эфиопии, куда отдельные лица могут подать жалобы, участвовать в той или иной степени в процессе их рассмотрения и получать прямую компенсацию<sup>240</sup>. Более того, существует обширная практика в национальном праве, касающаяся возмещения ущерба после вооруженных

236 Гагское положение 1907 г., статья 3; Дополнительный протокол I, статья 91; см.: Гийар, Эмануэла-Кьяра. Возмещения ущерба в случае нарушений международного гуманитарного права // Международный журнал Красного Креста: Сборник статей из выпусков Международного журнала Красного Креста. 2003. № 849–852. С. 265–292.

237 Хэмпсон/Салама, примечание 224 выше, ч. 20, 49.

238 Резолюция ГА ООН 60/147, 16 декабря 2005 г.

239 Дело о строительстве стены, примечание 47 выше, ч. 106. Можно поставить вопрос о том, не было ли принято такое решение в силу отсутствия другого государства, которому Израиль мог бы выплатить компенсацию. См.: Pierre d'Argent, «Compliance, cessation, reparation and restitution in the Wall Advisory Opinion», in Pierre-Marie Dupuy et al. (eds.), *Völkerrecht Als Wertordnung — Common Values In International Law, Festschrift For Christian Tomuschat*, 2006, pp. 463, 475.

240 См.: Гийар, примечание 236 выше, с. 277–278.

конфликтов<sup>241</sup>. Статья 75 Римского статута Международного уголовного суда является важным шагом в этом направлении, поскольку она признает право жертв международных преступлений на возмещение ущерба (но предоставляя Суду некоторые дискреционные полномочия).

Не вдаваясь в подробности этой сложной дискуссии, можно сказать, что основной аргумент против существования права отдельного лица на возмещение таков: во время вооруженного конфликта нарушения могут быть такими массовыми и широко распространенными, а понесенный ущерб столь велик, что объем требуемого возмещения превысит возможности государств, как финансовые, так и материально-технические, если всем жертвам надо будет выплатить адекватную компенсацию<sup>242</sup>. С точки зрения юстиции этот аргумент недействителен, поскольку он означал бы, что чем масштабнее нарушения, тем меньше прав у жертв на возмещение ущерба. С другой стороны, признание права на возмещение ущерба каждой жертве крупномасштабных нарушений гуманитарного права ставит вполне реальные проблемы осуществимости и опасности ложных обещаний. Будет интересно проследить за судебной практикой в этом отношении Международного уголовного суда, который может опираться на четкое положение, касающееся возмещения ущерба в Римском статуте (статья 75), и в настоящее время разрабатывает свой подход к правам жертв. Ему, возможно, придется принять такие компенсационные меры, как единовременные выплаты твердо установленных сумм или возмещение ущерба общинам или населению в целом каждого населенного пункта, для того чтобы охватить как можно большее число жертв. В любом случае совершенно ясно, что хотя просто отрицать существование персонального права на возмещение ущерба за нарушения международного гуманитарного права уже невозможно в свете развивающегося права и практики, остается много неопределенного относительно способа, которым следует обеспечить возмещение огромного ущерба, причиненного в результате вооруженного конфликта.

241 О Германии см.: Roland Bank, «The new programs for payments to victims of National Socialist injustice», *German Yearbook of International Law*, Vol. 44 (2001), pp. 307–52; наиболее полное описание национальных программ по возмещению ущерба см.: Pablo de Greiff (ed.), *The Handbook on Reparations*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

242 Об этой дискуссии см.: Elke Schwager and Roland Bank, «An individual right to compensation for victims of armed conflicts?», paper submitted to the ILA Committee on Compensation for Victims of War, pp. 45–8; Pierre d'Argent, «Wrongs of the past, history of the future», *European Journal of International Law*, Vol. 17 (2006), pp. 279, 286.

## **Заключение**

В заключение можно сказать, что в силу характера международного гуманитарного права, которое строилось не вокруг прав отдельных лиц, трудно представить себе, как оно может инкорпорировать все процессуальные права, которые были разработаны в праве прав человека. Однако все большее внимание, уделяемое применению прав человека во время вооруженных конфликтов, а также все громче раздающиеся требования прозрачности и контролируемости военных операций могут способствовать более эффективной защите некоторых прав в соответствии с международным гуманитарным правом.

Еще только предстоит увидеть, как эти два свода права, такое сильное сближение которых изначально не предполагалось, будут существовать вместе в гармонии в рамках более широкого международного права. Но одно ясно: возврата к полному разделению этих двух отраслей не будет. Возможно, что последовательный подход к толкованию прав человека и гуманитарного права при сохранении их различных черт будет только способствовать более эффективной защите отдельных лиц во время вооруженных конфликтов.