

Взаимоотношения международного гуманитарного права и права прав человека с точки зрения договоров по правам человека

Франсуаза Дж. Хэмпсон

Франсуаза Дж. Хэмпсон – профессор права Департамента права и Центра по правам человека Университета Эссекса.

Краткое содержание

*Дебаты о применимости одновременно международного гуманитарного права и права прав человека касаются и свода договоров по правам человека. В настоящей статье рассматриваются, во-первых, трудности, с которыми сталкиваются органы по правам человека при определении того, применимо ли международное гуманитарное право; а во-вторых, практические проблемы при применении доктрины *lex specialis* и вопрос об отступлении от обязательств конкретно в этом контексте. И наконец, автор говорит о влиянии этих дебатов на широту сферы экстерриториального применения права прав человека.*



Применимость одновременно международного гуманитарного права и права прав человека: дебаты о взаимоотношениях

Более двадцати лет назад взаимоотношения между правом вооруженных конфликтов, или международным гуманитарным правом (МГП), и правом прав человека были предметом академической дискуссии¹. С тех пор неправительственные правозащитные организации публиковали информацию о ситуациях, когда МГП, несомненно, применялось, и в некоторых случаях провели анализ, основываясь на этом². Сравнительно недавно, касаясь взаимоотношений между двумя сводами норм, Международный суд сделал три официальных заявления, из которых можно вывести три взаимосвязанных положения³. Во-первых, право прав человека остается применимым даже во время вооруженного конфликта. Во-вторых, оно применяется в ситуациях конфликта, если только не имеет места частичное отступление от обязательств. В-третьих, если применяются и МГП, и право прав человека, МГП является *lex specialis*. Можно было бы подумать, что эти офици-

- 1 См., например, K.D. Suter, 'An enquiry into the meaning of the phrase «human rights in armed conflicts»', *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, Vol. 15 (3–4) (1976), p. 393; Henry Meyrowitz, 'Le Droit de la Guerre et les droits de l'homme', *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, Vol. 5 (1972), p. 1059; G. I. A. D. Draper, 'The relationship between the human rights regime and the law of armed conflict', *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 1 (1971), p. 191. Следует отметить, что все эти авторы считали себя специалистами в области МГП, а не права прав человека. См. также: Dietrich Schindler, 'Human rights and humanitarian law: interrelationships of the law', *American University Law Review*, Vol. 31 (1982), p. 935, и одну из более поздних работ: Jochen Frowein, 'The relationship between human rights regimes and regimes of belligerent occupation', *Israel Yearbook on Human Rights*, 1 (1998); Theodor Meron, 'The humanization of humanitarian law', *American Journal of International Law*, Vol. 94 (2000), 239; Heinz-Jochen Heintze, 'On the relationship between human rights law protection and international humanitarian law', *International Review of the Red Cross*, Vol. 86 (865) (2004), p. 789; Ken 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. 1, и специальный выпуск о параллельной применимости прав человека и МГП, *Israel Law Review*, Vol. 40 (2) (2007), особенно работы Дейвида Кретцмера (David Kretzmer), Ротема Джилади (Rotem Giladi) и Ювала Шейни (Yuval Shany); Кордулы Дрёге; Ноама Льюбелла.
- 2 Один из первых примеров — доклад «Хьюман Райтс Вотч» о войне в Персидском заливе в 1990–1991 гг. Human Rights Watch, *Needless Deaths in the Gulf War*, 1991.
- 3 Консультативное заключение Международного суда относительно законности угрозы ядерным оружием или его применения, 8 июля 1996 г., ч. 25; Консультативное заключение Международного суда относительно правовых последствий строительства стены на оккупированной палестинской территории, 9 июля 2004 г., ч. 106; Международный суд, Дело о вооруженной деятельности на территории Конго (*Democratic Republic of the Congo v. Uganda*), Judgment of 19 December 2005, paras. 216–220.

альные заявления решают вопрос о взаимоотношениях двух сводов норм международного права. Но это совсем не так, даже в отношении тех государств, которые в принципе не выразили никаких возражений против этих предположений.

Права человека применяются во время вооруженных конфликтов

Два государства с самого начала не были согласны ни с первым положением, ни с двумя другими. Израиль⁴ и Соединенные Штаты⁵ считают, что если применяется МГП, права человека автоматически становятся неприменимыми. Они также считают, что право прав человека не применяется экстерриториально — этот аргумент будет рассмотрен далее⁶. С учетом позиции других государств, каждой соответствующей особой процедуры ООН, касающейся прав человека, позиции всех соответствующих договорных органов по правам человека, как на международном, так и региональном уровнях, с учетом текстов резолюций Генеральной Ассамблеи и Совета Безопасности, в которых упоминаются и МГП и право прав человека, первое предположение Международного суда подтверждается мнением подавляющего большинства юристов-международников и практикой государств. Остается единственный вопрос: могут ли эти два государства заявлять, что они являются «настойчиво возражающими государствами» по отношению к применению одновременно обоих сводов норм? Первая трудность состоит в том, чтобы выяснить, возможно ли быть «настойчиво возражающим государством» по отношению к норме такого типа — норме, касающейся взаимоотношений между двумя сводами норм, а не материальной норме, регулирующей поведение. Более серьезную трудность представляет основание для доктрины. Любая формулировка принципа обычно основана на заявлении Международного суда (МС), сделанном в деле о рыболовстве⁷. В этом деле Суд не при-

4 Human Rights Committee, CCPR/CO/78/ISR; CCPR/CO/79/Add.93; CCPR/CO/78/ISR, para. 11.

5 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. 119; Human Rights Committee, CCPR/C/USA/3, Annex 1; CCPR/C/USA/CO/3, para. 3. Следует заметить, что в то время Соединенные Штаты ратифицировали МПГПП, и было очевидно, что Комитет по правам человека считал Пакт применимым даже в ситуациях конфликта, но Соединенные Штаты не сделали оговорки относительно такой применимости.

6 Это два отдельных, но взаимосвязанных по своему практическому воздействию аргумента. См. ниже раздел «Экстерриториальная применимость права прав человека».

7 ICJ, *Fisheries Case (United Kingdom v. Norway)*, Judgment of 18 December 1951.

нял в качестве единственного ориентира возражение Норвегии против обычной практики установления базовых линий, а напротив, подчеркнул важность реакции других государств⁸. Именно противоречащее поведение других государств и конкретно государства-истца не дало возможности последнему полагаться на традиционную норму. Международное право еще неполностью адаптировало свои нормы к существованию независимых механизмов, но совершенно очевидно, что если договорные институты играют роль, которую можно приравнять к роли государств, они, конечно, не согласны с возражением Израиля и Соединенных Штатов, касающимся одновременного применения⁹. Для целей настоящей статьи будет принята та точка зрения, что первое предположение МС является точным отражением международного права.

Точка зрения правозащитных органов

Здесь мы будем исходить из позиции органов по правам человека. Дебаты об одновременном применении МГП и права прав человека также касаются других институтов. К ним относятся вооруженные силы, министерства обороны и министерства иностранных дел. Конкретно в области прав человека это и недоговорные механизмы, такие как Специальные процедуры ООН и Комиссар Совета Европы по правам человека¹⁰. Если говорить о договорных органах по правам человека, то Комитет против пыток рассматривает такую форму поведения, которая запрещается как МГП, так и правом прав человека¹¹;

8 Ibid., pp. 138–9.

9 См. в общем плане: Françoise J. Hampson, 'Other areas of customary law in relation to the Study', in E. Wilmschurst and S. Breau (eds.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 68–72, и ссылки в примечаниях 4 и 5 выше.

10 Более всего в настоящем контексте из специальных механизмов к делу относятся Специальный докладчик по вопросу о внесудебных, суммарных и произвольных казнях, Представитель Генерального секретаря по вопросу о правах человека лиц, перемещенных внутри страны, Рабочая группа по насильственным и недобровольным исчезновениям и Рабочая группа по вопросу о произвольных задержаниях. Другие также могут время от времени касаться этого вопроса. Специальный докладчик по вопросу о пытках и других жестоких, бесчеловечных и унижающих достоинство видах обращения и наказания не входит в число этих механизмов, поскольку такое обращение запрещено в соответствии как с МГП, так и с правом прав человека. О Комиссаре по правам человека см.: www.coe.int/t/commissioner/default_en.asp (последнее посещение 21 октября 2008 г.).

11 Пытки и другие виды дурного обращения с лицами, содержащимися под стражей, запрещены в отношении военнопленных (Женевская конвенция III, статья 17), гражданских лиц, содер-

поэтому не представляется нужным принимать во внимание источник этой нормы. Комитет по ликвидации расовой дискриминации и Комитет по правам ребенка иногда должны заниматься вопросами, возникающими в связи с ситуациями конфликта, но их практически не касается возможное совпадение сфер применения. Договорными органами, которые более всего связаны с этим вопросом, являются на международном уровне Комитет по правам человека и Комитет по экономическим, социальным и культурным правам, а на региональном уровне — Африканские комиссия и Суд по правам человека и народов, Межамериканские комиссия и Суд по правам человека и Европейский суд по правам человека¹². Те органы, которые осуществляют мониторинг за соблюдением государством его обязательств по правам человека, могут делать заявления общего характера, но от них не требуется конкретных выявлений нарушения, для чего нужен точный анализ взаимоотношений между МПП и правом прав человека. По этой причине внимание будет сосредоточено на тех договорных органах, которых это касается в наибольшей степени и в число которых не входит Комитет по экономическим, социальным и культурным правам¹³.

Прежде всего нужно будет рассмотреть трудность, с которой столкнется правозащитный орган при определении того, применимо ли МПП; во-вторых, практические проблемы при применении принципа *lex specialis*; в-третьих, вопрос об отступлении от обяза-

жащихся под стражей, и интернированных (Женевская конвенция IV, статья 32), лиц, содержащихся под стражей, которые не пользуются другими видами защиты (Дополнительный протокол I 1977 г., статья 75), и всех лиц, содержащихся под стражей во время немеждународных вооруженных конфликтов (общая статья 3 Женевских конвенций и Протокол II 1977 г., статья 4).

- 12 О Комитете по правам человека см.: www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/index.htm (последнее посещение 21 октября 2008 г.); о Комитете по экономическим, социальным и культурным правам — www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/index.htm; об Африканской комиссии — www.achpr.org/english/_info/news_en.html; Африканский суд, как представляется, еще не сделал каких-либо официальных заявлений, см.: www.aicthia.org/courts_conti/achpr/achpr_home.html; о Межамериканской комиссии см.: <http://cidh.oas.org/DefaultE.htm>; о Межамериканском суде — www.corteidh.or.cr/index.cfm?CFID=367321&CFTOKEN=81159529; и о Европейском суде по правам человека — www.echr.coe.int/echr (последнее посещение всех сайтов 20 октября 2008 г.).
- 13 Органы, осуществляющие мониторинг, обычно делают Замечания общего порядка, излагая свое толкование права или понятия в соответствующем договоре, они также подготавливают Заключительные замечания после изучения доклада государства и диалога с его представителями. Хотя существуют исключения, он должен определять, имело ли место нарушение договора. Факультативный протокол к МПЭСКП был принят без голосования 18 июня 2008 г. в приложении к резолюции Совета по правам человека (A/HRC/8/L.2/Rev.1/Corr.1). Если Генеральная Ассамблея примет этот текст, после его вступления в силу в нем будет предусмотрено право на подачу персональной жалобы отдельным лицом.

тельств конкретно в этом контексте, и наконец, воздействие первых двух аспектов дискуссии на распространение экстерриториального применения права прав человека.

Определение применимости международного гуманитарного права

Если орган по правам человека должен каким-либо образом принимать во внимание МГП, ему необходимо прежде всего определить его применимость. К сожалению, во многих случаях это совсем не является очевидным.

Конфликт между двумя государствами

Если утверждается, что между двумя государствами имеет место вооруженный конфликт, то иногда, хотя и не всегда, сравнительно просто определить применимость МГП. Статья 2, общая для четырех Женевских конвенций 1949 г., предусматривает, что Конвенции применяются

«в случае объявленной войны или всякого другого вооруженного конфликта, возникающего между двумя или несколькими Высокими Договаривающимися Сторонами, даже в том случае, если одна из них не признает состояния войны».

Не требуется объявления войны или признания состояния войны между двумя государствами¹⁴, и не указывается минимальный порог интенсивности или качества применяемой силы. Очевидно, это означает, что любое применение вооруженной силы *против* государства означает начало вооруженного конфликта¹⁵. Тем не менее остается открытым вопрос о том, обязательно ли всякое применение вооружен-

14 ICRC, Commentaries to the Geneva Conventions of 1949, common Art. 2, www.icrc.org/ihl.nsf/COM/365-70005?OpenDocument (последнее посещение 20 октября 2008 г.). Это оказалось важно в случае конфликта по поводу Фолклендских (Мальвинских) островов, в отношении которого Маргарет Тэтчер, премьер-министр Великобритании, сначала заявила, что Женевские конвенции не применимы, поскольку не было объявления войны. Эта точка зрения была быстро изменена.

15 Например, столкновения на границе между Эквадором и Перу в 1997 г.; см.: John R. Groves, 'Effective engagement; the case of Ecuador', *Joint Force Quarterly*, Autumn 2000, p. 46, www.dtic.mil/doctrine/jel/jfq_pubs/1026.pdf (последнее посещение 21 октября 2008 г.).

ной силы *на* территории другого государства, в том числе в его территориальных водах и воздушном пространстве, направлено *против* государства. В Комментарие МККК говорится:

«Государство, совершая враждебное действие против другого государства, всегда может заявить, что оно не ведет войну, а просто осуществляет полицейскую акцию или на законных основаниях действует с целью самообороны. Выражение «вооруженный конфликт» затрудняет использование таких аргументов»¹⁶.

И хотя совершенно ясно, что государство не может, просто манипулируя терминами, избежать применения МПП, должны все-таки существовать объективные критерии того, что соответствующая сторона действительно участвует в вооруженном конфликте. Обычно это проявляется посредством *animus belligerendi*¹⁷, что, в свою очередь, предполагает, что может быть и иное намерение. Очевидная вероятность — одна из форм экстерриториальной правоприменительной операции, например преследование по горячим следам, которое начинается на национальной территории и продолжается на территории другого государства. Экстерриториальная операция, проводимая силами правопорядка, может включать и действия вооруженных сил против лиц или каких-либо образований в другом государстве, которые совершили и продолжают совершать международные преступления против первого государства, если это другое государство не желает или не может принять в отношении этих лиц или образований соответствующие меры. В таком контексте вопрос заключается не в том, является ли данная деятельность законной и может ли первое государство ссылаться на самооборону. Просто тот факт, что государство, как предполагается, действует с целью самообороны, необязательно означает, что имеет место вооруженный конфликт. Примером такой ситуации мог бы послужить удар, нанесенный посредством беспилотного летательного аппарата «Придейтор» в Йемене, по крайней мере, если бы он был нанесен без согласия властей Йемена¹⁸. Другой пример — недавнее применение силы лицами из состава Колумбийской

16 См. примечание 14 выше, статья 2 (1).

17 Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, Cambridge University Press, Cambridge, 4th edn, 2005, pp. 14–15.

18 Не ясно, имеет ли отношение к квалификации нападения в качестве вооруженного конфликта вопрос о согласии, хотя если это был вооруженный конфликт, согласие повлияло бы на квалификацию конфликта; см. далее.

армии против членов Революционных вооруженных сил Колумбии (FARC) в Эквадоре¹⁹. С учетом распространенности трансграничных террористических нападений такие ситуации могут повторяться все чаще. Хотя квалификация применения силы между двумя государствами в качестве вооруженного конфликта обычно не вызывает разногласий, очевидно, что иногда здесь встречаются трудности.

Ко второму и более необычному виду примеров относятся случаи, когда насилие происходит на оккупированной территории. В какой момент ситуация перестает быть проблемой правопорядка, в отношении которой оккупирующая держава имеет обязательство по восстановлению порядка²⁰, и становится вооруженным конфликтом? Влияет ли такое решение каким-либо образом на статус территории в качестве оккупированной?²¹ Является ли конфликт на оккупированной территории международным или немеждународным?

Немеждународный вооруженный конфликт

На практике гораздо труднее определить, когда именно ситуация в рамках одного государства представляет собой вооруженный конфликт. Граница здесь пролегает между беспорядками и (или) организованным политическим насилием и вооруженным конфликтом, в результате чего возникают три трудности. Во-первых, в какой момент с точки зрения права будет считаться, что насилие перешло этот порог? Во-вторых, как точно установить факты? В-третьих, имеет ли вообще отношение к решению вопроса отказ государства признать, что происходящее является вооруженным конфликтом?

19 1 марта 2008 г.; см.: 'Colombia's cross-border strike on FARC irks neighbors', Christian Science Monitor, 3 March 2008, www.csmonitor.com/2008/0303/p04s02-woam.html (последнее посещение 21 октября 2008 г.). В заявлении Министерства иностранных дел Колумбии говорилось, что «Колумбия не нарушила суверенитета, но действовала в соответствии с принципом законной обороны».

20 Например, ситуация, которая сложилась на оккупированных Израилем палестинских территориях после 2000 г. во время интифады.

21 Для того чтобы территория считалась оккупированной, она должна находиться «во власти» оккупанта. Гагская конвенция IV 1907 г. о законах и обычаях сухопутной войны, Приложение, статья 42. Можно было бы сказать, что признание наличия вооруженного конфликта обязательно означало бы, что оккупирующая держава не осуществляет требуемого контроля. Но это упрощение проблемы. Во многих внутренних вооруженных конфликтах государство продолжает осуществлять контроль, необходимый, например, для того, чтобы предоставить населению основные услуги. Предполагается, что если конфликт начинается на оккупированной территории, то вопрос о том, продолжает ли оккупирующая держава осуществлять контроль над всей территорией в целом, должен быть вопросом факта, а не права.

Статья 3, общая для Женевских конвенций 1949 г., просто говорит о случаях «вооруженного конфликта, не носящего международного характера», подразумевая, таким образом, что любой вооруженный конфликт, который не предусмотрен общей статьей 2, попадает в сферу действия статьи 3. Это соответствует формулировке, но представляется, что во время принятия общей статьи 3 предполагалось, что она будет применяться к внутренним конфликтам²². Таким образом, вопрос о том, что же такое вооруженный конфликт, остается нерешенным, поскольку не установлен минимальный порог. Протокол II 1977 г. дает некоторое разъяснение в статье 1, которая является «развивающей и дополняющей» общую статью 3, «не изменяя существующих условий ее применения». Это говорит о том, что применимость общей статьи 3 не затрагивается, но не исключается и возможность того, что Протокол II применим только к отдельным вооруженным конфликтам, которые входят в сферу действия общей статьи 3. Положение, в котором говорится, что

«[н]астоящий Протокол не применяется к случаям нарушения внутреннего порядка и возникновения обстановки внутренней напряженности, таким как беспорядки, отдельные и спорадические акты насилия и иные акты аналогичного характера, поскольку таковые *не являются* вооруженными конфликтами»²³ (курсив автора. — Ред.),

кажется, проясняет ситуации, в которых применяется общая статья 3. Однако первый пункт указанной статьи 1, где устанавливаются новые требования по отношению к сторонам и степени контроля, осуществляемого над территорией, явным образом применяется только в контексте самого Протокола II. Единственным указанием, которое можно обнаружить в договорном праве, служит поэтому тот факт, что беспорядки и отдельные и спорадические акты насилия не представляют собой вооруженного конфликта. Это, однако, не проясняет того, что же *является* вооруженным конфликтом.

Дальнейшее разъяснение было предоставлено прецедентным правом Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии (МТБЮ). Суд постановил, что

«вооруженный конфликт» имеет место всегда, «когда используются вооруженные силы в отношениях между государствами или в ходе длительного вооруженного насилия между правитель-

22 ICRC Commentaries, примечание 14 выше, общая статья 3, с. 49–50.

23 Дополнительный протокол II 1977 г., статья 1 (2).

ственными властями и организованными вооруженными группами или между такими группами в рамках одного государства»²⁴.

Таким образом, в понятии вооруженного конфликта присутствует временной элемент (продолжительность), которого может не быть в других видах насильственной деятельности. Кроме того, требуется, чтобы группа или сторона характеризовалась некоторой степенью организованности. Отдельные лица, действующие сами по себе, не могут превратить насилие в вооруженный конфликт. Вероятно, нереалистично ожидать дальнейшего разъяснения применимости статьи 3 в праве. Трудность обычно заключается не в праве, а в фактах.

Если существуют организованные группы и если некоторые, по крайней мере, члены таких групп вооружены и участвуют в насильственных действиях, возможно — но не обязательно — имеет место вооруженный конфликт. Можно привести хотя бы один пример: было трудно охарактеризовать ситуацию во время «беспорядков» в Северной Ирландии²⁵. Существовали, конечно, организованные вооруженные группы, которые были в состоянии участвовать в террористических актах. Но были ли эти нападения спорадическими и поэтому не попадающими в сферу действия общей статьи 3, а может быть, спорадические нападения, происходящие в течение длительного периода, представляют собой длительное вооруженное насилие? Во многих таких ситуациях значительное число людей могут поддерживать вооруженные группы политически и (или) эмоционально, но настоящих боевиков может быть только ограниченное число. Есть такие обстоятельства, при которых люди могут, объективно и добросовестно, приходиться к различным выводам, опираясь на одни и те же факты.

Органу по правам человека придется заниматься такими вопросами, для того чтобы определить, применимо МПП или нет. Он может предоставить консультацию соответствующему государству, но это, по всей вероятности, будет крайне проблематично. Во-первых, МПП применяется или не применяется в соответствии с правом, а не потому, что государство признает его применимость²⁶. Во-вторых, у государств

24 ICTY, *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vokovic*, Case No. IT-96-23 and IT-96-23/1 (Appeals Chamber), 12 June 2002, para. 56, цит. по: *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1 (Appeals Chamber), Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para. 70.

25 Министерство иностранных дел и по делам Содружества Великобритании придерживалось того мнения, что ни в один из моментов ситуация не преодолела порог общей статьи 3. В других органах власти неофициально высказывались предположения, что в определенные моменты и в некоторых местах ситуация, возможно, преодолевала этот порог.

26 См., например, статью 2 Женевских конвенций 1949 г.

есть политические причины отрицать на международном уровне, что ситуация фактически преодолела порог, установленный общей статьей 3. Такое допущение требует внимания со стороны международной общественности. Может показаться, что государство теряет контроль над ситуацией. Государство может также опасаться, что такое признание предоставит какую-то легитимность вооруженной группе (или группам), несмотря на явные положения, говорящие о противоположном²⁷. Государство не обязано занимать на международном уровне такую же позицию в отношении конфликта, как его национальные суды²⁸.

Классификация конфликта

Органу по правам человека недостаточно просто определить, что он имеет дело с вооруженным конфликтом. После этого он должен определить, какой свод норм МГП применим к ситуации. Как уже говорилось, на применимость МГП влияет тот факт, как квалифицируется конфликт — является ли он международным (то есть между двумя государствами) или немеждународным. Существует масса разных ситуаций, в которых классификация конфликта в качестве международного или немеждународного может вызывать трудности. Была ли война в Ливане в 2006 г. двумя конфликтами, одним международным — против Ливана и другим немеждународным — против Хезболлы, или это был один конфликт? Если последнее, то был это международный или немеждународный конфликт?²⁹ Аналогичные, но не идентичные

27 Общая статья 3 Женевских конвенций 1949 г., и статья 3 Протокола II 1977 г.

28 Например, Российский Конституционный суд квалифицировал первую войну в Чечне как ситуацию, попадающую в сферу действия не только общей статьи 3, но и Протокола II. Он также указал, что Российская Федерация не приняла национального законодательства, дающего ей возможность ввести в действие Протокол II. См.: Решение Конституционного суда Российской Федерации от 31 июля 1995 г. о конституционности Указа Президента и решений федерального правительства, касающихся ситуации в Чечне. См.: Judgment of the Constitutional Court of the Russian Federation of 31 July 1995 on the constitutionality of the Presidential Decrees and the Resolutions of the Federal Government concerning the situation in Chechnya. European Commission for Democracy through Law of the Council of Europe, CDL-INF (96) 1.

29 Организация «Хьюман Райтс Вотч» изложила аргументы обеих сторон в работе: *Why They Died: Civilian Casualties in Lebanon during the 2006 War*, Vol. 19 (5) (E), September 2007. «Международная амнистия» ссылалась на положения, которые применяются только во время международных конфликтов, не предлагая никаких объяснений. Amnesty International, *Israel and Hizbullah Must Spare Civilians: Obligations under International Humanitarian Law of the Parties to the Conflict in Israel and Lebanon*, MDE 15/070/2006, 26 July 2006. Комиссия по расследованию положения в Ливане, учрежденная Советом по правам человека, квалифицировала конфликт в качестве международного, не давая объяснений и не обсуждая вопрос. Совет по правам человека, Комиссия по расследованию положения в Ливане, A/HRC/3/2, 23 ноября 2006 г., ч. 12.

вопросы возникают в связи с операцией Колумбии в Эквадоре, когда некоторые члены ФАРК были убиты, а другие захвачены³⁰. Или как следует классифицировать конфликт(ы) в Афганистане? Существует ли непрерывный конфликт в приграничной зоне между Афганистаном и Пакистаном? И, если это так, против кого он ведется — против Талибана или против «Аль-Каиды»? Участвуют ли Международные силы по содействию безопасности в Афганистане (isaf), которые присутствуют там с согласия правительства страны, в немеждународном вооруженном конфликте? Это два отдельных конфликта или один и тот же конфликт³¹? Аналогичные вопросы возникли в Ираке после передачи власти от Коалиционной временной администрации Иракскому временному правительству. Если согласие территориального государства имеет решающее значение, то, предположительно, оно имеет силу только тогда, когда дано до проведения операции и принято действительно свободно и на основании полученной информации³². Если проводится операция по поддержанию мира (ОПМ) без согласия суверенного правительства, то международный или немеждународный конфликт имеет место между силами ОПМ и местными силами? Это не исчерпывающий перечень ситуаций, в которых классификация конфликта может быть проблематичной.

Важность классификации конфликта зависит от того значения, которое будет иметь различие между ними с точки зрения материального права, применяемого к двум разным типам конфликта. Если бы нормы на 90% совпадали для обеих ситуаций, то органу по правам человека было бы уже не столь важно правильно классифицировать конфликт. Нормы, регулирующие международные вооруженные конфликты, подробно изложены в договорном праве, а в договорах, касающихся немеждународных вооруженных конфликтов, это регулирование не столь детально разработано. Это особенно справедливо в отношении норм, регулирующих средства и методы боя. За последние пятнадцать лет стало ясно, что существует фундаментальный свод обычного права, касающегося немеждународных вооруженных кон-

30 Примечание 19 выше.

31 В случае, когда осуществляются операции силами коалиции (например, ISAF), возникает еще вопрос о том, достигли ли члены коалиции между собой согласия относительно квалификации конфликта.

32 Если нападение в Йемене (см.: 'CIA 'killed al-Qaeda suspects' in Yemen', BBC, 5 November 2002, http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/middle_east/2402479.stm (последнее посещение 21 октября 2008 г.) было вооруженным конфликтом, важно было бы знать, получено ли согласие правительства Йемена до операции и было ли оно дано без какого-либо давления. См.: Комитет по правам человека, CCPR/C/SR.2282, ч. 43.

фликтов. МТБЮ высказал предположение, что многие нормы, применимые во время международных конфликтов, применяются и во время немеждународных конфликтов, и вынес определения относительно конкретных норм³³. Но это необязательно представляет собой общепринятую точку зрения всего сообщества государств. Более надежным показателем может быть Статут Международного уголовного суда (МУС), где содержится перечень военных преступлений во время немеждународных вооруженных конфликтов³⁴. Однако этот перечень гораздо короче, нежели тот, который можно было бы составить на основании судебной практики МТБЮ. Особенно следует отметить, что в соответствии со Статутом МУС участие в неизбирательных нападениях является военным преступлением в международных, но не в немеждународных конфликтах. Можно сказать, что Статут МУС определяет только преступления, подпадающие под юрисдикцию Суда. Это не мешает деяния, не включенные в Статут, считать преступлениями в соответствии с обычным международным правом. Однако если отступить от перечня в Статуте, как установить, согласно ли государство с тем, что деяние является международным преступлением?

Еще одним источником, предлагающим некоторые указания в этом отношении, является исследование обычного международного гуманитарного права, проведенное МККК³⁵. Материалы, представленные во втором томе и касающиеся фактически применяемой практики, дают полезную основу для аргументов. Однако выводы, к которым авторы пришли в ходе анализа обычного права, изложенного в первом томе, не лишены противоречий³⁶.

Если правозащитный орган определил, что МГП применимо, должен ли он использовать обычное право для определения того, какие нормы этого права должны применяться? Если нет, значит, имеется существенная разница в степени регулирования международных и немеждународных конфликтов. Если же можно применять обычное МГП, значит, существует гораздо большая степень сходства между двумя сводами норм, но выводы договорного органа, скорее всего, окажутся противоречивыми.

33 *Tadić*, примечание 22 выше, и *Хенкертс, Жан-Мари и Досвальд-Бек, Луиза*. Обычное международное гуманитарное право. Москва, МККК, 2006. Глава 44.

34 Статут Международного уголовного суда, статья 8 (2) (е).

35 *Хенкертс и Досвальд-Бек*, примечание 33 выше.

36 *Беллингер, Джон Б. и Дж. Хейнс, Уильям*. Отклик правительства США на исследование Международного Комитета Красного Креста «Обычное международное гуманитарное право» // Выдержки из Международного журнала Красного Креста. 2007. № 866, июнь. С. 1–36.

Взаимоотношения между двумя сводами норм — *lex specialis*

Как уже говорилось, МС высказал мнение, что если применимы как право прав человека, так и МГП, то МГП является *lex specialis*. Первый вопрос касается значения этой фразы, а второй — того, как орган по правам человека должен на практике претворять формулировку МС в жизнь.

Полностью это выражение выглядит так: «*Lex specialis derogat legi generali*³⁷. Не ясно, означает ли это, что специальная норма имеет преимущество над общей или что первая фактически замещает вторую. Есть определенные ситуации, в которых право может иметь дело как с общим, так и с конкретным. Примером могут послужить случаи аренды. Правовая система содержит общие нормы, касающиеся аренды. Она может содержать специальные нормы, регулирующие конкретные виды аренды, такие как коммерческая или сельскохозяйственная. Если есть пробелы во втором режиме, они будут заполнены общеприменимыми нормами, касающимися аренды и применимыми к рассматриваемому вопросу. Это предполагает существование вертикальных отношений между общим и специальным. Общее лежит в основании и является положением по умолчанию. Специальное является подразделением общего и находится выше него. На основании одного общего режима могут возникнуть несколько специальных режимов³⁸.

Разные, но пересекающиеся области права

Однако взаимоотношения между правом прав человека и МГП ставят проблему иного характера. Они касаются различных областей права, границы которых могут со временем пересечься. В рамках английского права очевидным примером является договорно-обязательственное и деликтное право, или право гражданских правонарушений. Если ущерб причинен в результате неадекватного исполнения контракта, уголовное дело должно возбуждаться за нарушение договора или за неосторожность, за гражданское правонарушение? Проблема связана с горизонтальными отношениями, а не с вертикальными. Это обычная черта любого правового порядка, если область права со временем

37 Перевод: «Более конкретная норма превалирует над более общей нормой». Не ясно, применяется ли этот принцип только тогда, когда существует конфликт между двумя нормами.

38 См. в общем плане: Nancie Prud'homme, 'Lex specialis: oversimplifying a more complex and multi-faceted relationship?' *Israel Law Review*, Vol. 40 (2) (2007), pp. 355–95.

развивается и если сам предмет, с которым имеют дело правовые нормы, также эволюционирует. Примеры существуют и в международном праве. Для военно-морских сил обычное дело — решать вопросы о взаимоотношениях между морским правом и МГП; сравнительная урегулированность в этой области явилась просто отражением того факта, что вопрос о границах между двумя сводами норм возник раньше и был, в основном, решен. Нет причин считать, что через пятьдесят лет то же самое не произойдет в отношениях между правом прав человека и МГП. Однако есть одно серьезное отличие. Государства урегулировали взаимоотношения между морским правом и МГП посредством практики государств и переговоров, таких, например, которые предшествовали принятию Конвенции ООН по морскому праву³⁹. В отличие от этого взаимоотношения между правом прав человека и МГП не являются исключительно межгосударственным делом. Во-первых, право прав человека касается отношений между государством и теми, кто находится в рамках его юрисдикции. Во-вторых, отношения будут регулироваться в том числе и механизмами мониторинга за соблюдением прав человека, частично посредством обязательных судебных решений. Судебные процессы могут быть приемлемым способом выработки конкретных решений конкретных вопросов. Однако это явно произвольный и бессистемный, во всяком случае на международном уровне, способ решения вопроса общего характера, такого как взаимоотношения между двумя сводами норм.

Преимущество за международным гуманитарным правом?

Хотя МС, возможно, использовал не самую подходящую формулировку, совершенно ясно, в общем, что он имел в виду. Представляется, что, во-первых, что если применяется как МГП, так и право прав человека, преобладать должны нормы МГП. Во-вторых, если принять во внимание мнение МС о том, что право прав человека применяется во всякое время⁴⁰, понятно, что имплицитно МС также считал, что правозащитный орган должен выносить определение, основанное на МГП и выраженное формулировками права прав человека.

39 Эти переговоры характеризовались тем, что разногласия часто возникали в рамках одной делегации, а не между ними. Представители военно-морских сил в составе делегаций в основном склонны были прийти к соглашению друг с другом, но не соглашались с теми, кто представлял интересы рыболовства или пытался расширить водное пространство, над которым прибрежные государства могли осуществлять юрисдикцию.

40 Примечание 3 выше, см. также далее.

Это звучит просто, но в действительности не объясняет, как доктрина *lex specialis* должна осуществляться на практике. Имеются различные возможности⁴¹. Если применяется МГП, то, вероятно, оно является единственным правовым основанием, на котором правозащитный орган может принимать свои решения. Право прав человека содержит положения о праве на заключение брака и праве на образование, в то время как МГП не содержит положений о браке, а положения, касающиеся образования, очень немногочисленны. Значит ли это, что в случае применения МГП не может быть нарушений стандартов прав человека, при условии, что нет нарушений норм МГП? Ведь тогда оказалось бы, что МГП вытесняет применимость права прав человека, а это противоречит четкому постановлению МС о том, что права человека остаются применимыми.

Точно выраженная норма?

Другой возможностью будет преобладание МГП, если оно содержит четко выраженное положение, рассматривающее ситуацию, аналогичную той, которая рассматривается нормой прав человека. Например, МГП, по крайней мере в случае международных вооруженных конфликтов, содержит четкую норму, касающуюся определения целей и мер предосторожности во время нападения. Согласно вышеупомянутому предположению убийство будет считаться преднамеренным в соответствии с правом прав человека, только если это деяние нарушило нормы МГП. Хотя на первый взгляд это приемлемо и привлекательно, такое решение связано с двумя трудностями. Во-первых, в то время как на некоторые нормы права прав человека сильно повлияло бы МГП, особенно запрет на произвольное убийство и запрет на произвольное задержание, другие были бы полностью или почти полностью незатронутыми. В МГП нет практически ничего, по крайней мере в договорном праве, о праве на проведение демонстраций или свободе слова. Однако и то и другое может быть серьезно затронуто во время конфликта.

Аналогичным образом конфликт может повлиять на доступность образования, скорее, в силу практических, а не правовых причин. До какой степени обстоятельства конфликта могут повлиять на применимость права прав человека при отсутствии специальных

41 Roberta Arnold and Noëlle Quéniwet (eds.), *International Humanitarian Law and Human Rights Law*, Brill/Martinus Nijhoff, Leiden, 2008.

договорных норм МГП? Органы по правам человека могли бы принимать во внимание ситуацию конфликта таким же образом, как они применяют ограничительные положения⁴². Однако должны ли они делать это? Подобное решение, во всяком случае на первый взгляд, может быть принято, только если соответствующее право содержит соответствующее положение.

О второй трудности, возникающей в связи с таким решением, сказано выше — это роль обычного права. Должен ли правозащитный орган, выясняя, содержит ли МГП соответствующую норму, ограничиваться договорным правом или ему следует рассматривать и обычное право? Это крайне важный вопрос, когда речь идет о преобладающем типе конфликтов, то есть о немеждународном конфликте. В соответствии с договорными нормами, применимыми во время таких конфликтов, право ничего не говорит о допустимых основаниях для задержания лиц и не содержит подробных норм, касающихся мер предосторожности во время нападения. Если органы, осуществляющие мониторинг, должны обращаться только к договорным нормам, это даст им возможность применять право прав человека к случаям задержания и некоторым убийствам, но потребует от них применения МГП по отношению к перемещению населения и в связи с защитой объектов, необходимых для выживания населения, например продовольствия. Такой результат может показаться удивительным, если не сказать странным.

Однако если бы обычное МГП принималось во внимание, то представляется, что, во всяком случае, основания для открытия огня должны предусматриваться в МГП. Следует помнить о последствиях такой позиции. Органы по правам человека применяли право прав человека, рассматривая убийства во время немеждународных конфликтов, и не встречались ни с каким открытым сопротивлением⁴³, возможно, частично потому, что во многих случаях соответствующие государства отрицали на международном уровне, что имеет место вооруженный

42 Многие договоры по правам человека описывают находящийся под защитой интерес, а затем предусматривают, что любые ограничения должны быть обоснованы ссылкой на перечень целей и задач, который может быть разным в различных статьях и договорах. Эти ограничения должны быть необходимы для достижения целей и соразмерны методам их достижения. Таким образом, право прав человека предусматривает механизм для установления равновесия между жалобами отдельных лиц и жалобами других или всего населения. Положения об ограничениях следует отличать от положений, касающихся частичной отмены, о которых будет сказано ниже.

43 См., например: Human Rights Committee, *Suarez de Guerrero v. Colombia* (45/79), Communication No. R.11/45, 5 February 1979, UN Doc. Supp. No. 40 (A/37/40) at 137 (1982); ECtHR, *Ergi v. Turkey*, 23818/94, Judgment of 28/7/98; ECtHR, *Gulec v. Turkey*, 21593/93, Judgment of 27 July 1998; ECtHR, *Isayeva and others v. Russia*, 57947-9/00, Judgment of 24 February 2005; Inter-Am.Ct. H.R. (Ser. C), *Case of Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala*, Judgment of 29 April 2004.

конфликт, хотя это совершенно не соответствовало истине. Если бы орган по правам человека применял обычное МГП, это часто влекло бы за собой ослабление существующей защиты в той области, которая является наиболее важной — защиты права на жизнь⁴⁴.

В зависимости от конкретной проблемы?

Возможным третьим решением будет определение *lex specialis* в зависимости от конкретной проблемы. Например, МГП считается *lex specialis*, но если оно предусматривает справедливый судебный процесс, не уточняя, что это означает, право прав человека будет применяться для определения необходимых условий справедливого судебного рассмотрения. Одно дело рассматривать право прав человека в качестве основных принципов, но совершенно другое — рассматривать его как юридически обязательную норму, которой следует отдавать предпочтение. Другим примером может послужить право на образование, которое, скорее всего, становится той самой конкретной проблемой во время военной оккупации. В МГП очень мало говорится о фактическом содержании обязательства оккупирующей державы в отношении предоставления возможностей для образования; более того, в МГП это сформулировано как обязательство державы, а не как право населения, находящегося на оккупированной территории. Можно предположить, что в отношении тех аспектов права, которые не охватываются МГП, преобладать должно право прав человека.

В соответствии с последним имеются в виду обязательства, требующие немедленного исполнения, и обязательства, которые должны реализовываться постепенно. Право прав человека содержит также подробные положения, касающиеся доступа к образованию для различных меньшинств. Об этом обычно говорится в заключительных замечаниях соответствующих договорных органов и в их замечаниях общего порядка. Являются ли они частью права прав человека или его частью являются только положения договоров? Третье решение влечет за собой появление перечня еще более конкретных пунктов до того, как будет поставлен точный вопрос, ответы на который можно будет найти иногда в праве прав человека, а иногда в МГП. Право прав человека может работать именно таким образом, поскольку оно, в принципе,

44 См. в общем плане: CUDIИ, 'Expert Meeting on the Right to Life in Armed Conflicts and Situations of Occupation', 1–2 September 2005, www.adh-geneve.ch/recherche/pdf/travaux/5/rapport_droit_vie.pdf (последнее посещение 20 октября 2008 г.).

предназначено, для того чтобы применяться после события, и у него есть инструменты, которые подходят к каждой конкретной ситуации⁴⁵. С другой стороны, к МПП по сути его обращаются тогда, когда принимается решение, и оно должно предоставить общее правило, применимое к конкретному типу ситуации⁴⁶. Оно не может столь же точно, как право прав человека, регулировать каждую конкретную ситуацию. Проще говоря, третье решение не является практичным. Кроме того, оно не согласуется с заявлением МС, которое определяет только МПП в качестве *lex specialis*.

Решение проблемы *lex specialis* на практике должно быть таким, чтобы им могли воспользоваться те, кто в конкретный момент осуществляет деятельность или принимает решения. Решение не может быть вынесено после события, даже если именно тогда обеспечивается применение права. Возможно, что военные предпочли бы первое решение, а правозащитники — третье. Это может прозвучать так, что второе решение является подходящим компромиссом, но, как было показано, здесь встречаются трудности. Важно, чтобы существовало согласие как государств, так и правозащитных органов. Надо найти способ выработать последовательный подход к решению проблемы.

Применение международного гуманитарного права органом по правам человека

Международный суд заявил, что в ситуациях конфликта право прав человека остается применимым, оно лишь ограничивается положениями о частичном отступлении от обязательств⁴⁷. Посредством такого отступления государство может изменить сферу действия некоторых своих обязательств по правам человека, но не отменить их совсем⁴⁸. Другими словами, возможно, что когда потребуется применять МПП,

45 Нельзя отрицать тот факт, что право прав человека может позволить государству действовать таким образом, чтобы избежать нарушения права прав человека, которое будет впоследствии установлено. Государство в общих чертах может предсказать элементы, которые будут сочтены значимыми, но оно не всегда в состоянии оценить эти элементы таким образом, чтобы прийти к тем же выводам, что и правозащитный орган.

46 Аналогичным образом нельзя отрицать и того, что обеспечение применения МПП также может осуществляться после события, когда государство проводит расследование, чтобы определить, имело ли место нарушение МПП, и, если это необходимо, начать уголовное преследование. Определение, что нарушение МПП имело место, будет основано на том, что было известно или должно было быть известно соответствующему лицу в момент принятия решения.

47 Примечание 3 выше.

48 См.: Human Rights Committee, General Comment No. 29, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11.

орган по правам человека не будет применять право прав человека в полном объеме. Предметом рассмотрения здесь является не само отступление, но, скорее, последствия отступления от обязательств для взаимодействия между правом прав человека и МПТ.

Отступление от обязательств

«Во время чрезвычайного положения в государстве, при котором жизнь нации находится под угрозой», государство может, в соответствии с некоторыми договорами по правам человека, отступить от выполнения своих обязательств⁴⁹. Сам орган по правам человека должен определить, может ли государство при сложившихся обстоятельствах применить положение об отступлении от обязательств⁵⁰. Для этого государство должно, в соответствии с установленной процедурой, указать, что оно намерено отступить от своих обязательств, должно указать, от выполнения каких положений оно намерено отступить, какие меры им приняты в отступление от своих обязательств по правам человека и обосновать необходимость этих мер. Государству предоставляется некоторая «свобода при оценке» — более широкая при характеристике ситуации и более узкая в отношении необходимости мер⁵¹. Есть прецеденты, когда не была принята характеристика ситуации государством⁵² и когда отклонялось заявление государства о необходимости соответствующих мер⁵³.

Любой договор по правам человека, который предусматривает возможность отступления от обязательств, указывает также, что отдельные права не допускают отступлений. Перечень таких прав может быть разным в разных договорах⁵⁴. Кроме того, Комитет по правам человека заявил в своем Замечании общего порядка № 29, что потенциально

49 МПГПП, статья 4 (1). Соответствующее положение ЕКПЧ применимо в случае «войны или иного чрезвычайного положения, угрожающего существованию нации», ЕКПЧ, статья 15 (1). Формулировка АКПЧ звучит аналогичным образом: «[В]о время войны, общественной опасности или других чрезвычайных обстоятельств, которые угрожают независимости и безопасности государства-участника». АКПЧ, статья 27 (1).

50 ECommHR, *Greek Colonels' Case*, Ybk 12 bis, 1970.

51 Rosalyn Higgins, 'Derogations under Human Rights Treaties', *British Yearbook of International Law*, Vol. 48 (1976–7), p. 281.

52 *Greek Colonels' Case*, примечание 50 выше.

53 ECtHR, *Aksoy v. Turkey*, 21987/93, Judgment of 18 December 1996.

54 МПГПП, статья 4 (2); ЕКПЧ, статья 15 (2); АКПЧ, статья 27 (2). В Африканской хартии прав человека и народов нет аналогичного положения.

у прав, допускающих отступления, есть ядро, не допускающее их⁵⁵. Так, например, если запрет на произвольное задержание является потенциально допускающим отступления, вполне вероятно, что органы по правам человека будут рассматривать положение о праве на оспаривание законности задержания (*habeas corpus/amparo*), содержащееся в общем запрете, как не допускающее отступлений⁵⁶. Те положения, у которых на практике есть тесная связь с принципом, не допускающим отступлений, скорее всего, будут сочтены не допускающими отступлений⁵⁷. Например, длительные периоды содержания лиц под стражей без судебного разбирательства могут способствовать применению пыток или дурному обращению. Это, вероятнее всего, будет принято во внимание при оценке соответствующего периода времени.

Практику государств в отношении отступлений от обязательств никак нельзя назвать последовательной. Некоторые государства применяли чрезвычайное законодательство на национальном уровне часто в течение долгого времени, но не заявляли об отступлениях на международном уровне⁵⁸. Некоторые совершенно очевидно участвуют в вооруженном конфликте, но не отступают от обязательств⁵⁹. Отступления от обязательств являются возможностью, но не обязательством. В отличие от МПП положения об отступлении от обязательств не применяются автоматически в силу сложившейся ситуации; следует сделать заявление об их применении.

Во время немеждународных вооруженных конфликтов

В этом контексте следует рассмотреть две различные ситуации: немеждународные и международные вооруженные конфликты. На практике, если орган по правам человека рассматривает ситуацию, возникающую в результате немеждународного вооруженного конфликта, а отступлений от обязательств нет, он применяет право прав человека в полном объеме⁶⁰. Если орган по правам человека не принимает

55 Примечание 48 выше.

56 См. примечание 48, ч. 16; см. также: Inter-Am.Ct.H.R., *Habeas Corpus in Emergency Situations* (American Convention on Human Rights, Arts. 27 (2), 25 (1) and 7 (6)), Advisory Opinion OC-8/87, 30 January 1987, (Ser. A) No. 8 (1987).

57 Ibid.

58 Human Rights Committee, *Concluding Observations*, CCPR/CO/76/EGY, para. 6.

59 Россия не отступала от обязательств ни по ЕКПЧ, ни по МПППВ в связи с ситуацией в Чечне.

60 Например, *Isayeva*, примечание 43 выше.

во внимание МПП, существует реальная опасность того, что государство будет считать ответственным за убийство в нарушение права прав человека, которое не было бы незаконным в соответствии с МПП⁶¹. Это серьезная проблема не столько для Комитета по правам человека и Межамериканской комиссии/Суда по правам человека, сколько для Европейского суда по правам человека. Нормы, применяемые первыми тремя органами, запрещают произвольное убийство и произвольное задержание, но не определяют термин «произвольное». Хотя не допускается никаких отступлений от запрета на произвольное убийство, значение термина «произвольное» может варьировать в условиях вооруженного конфликта. Другими словами, эти органы могли бы применить МПП для определения факта нарушения права прав человека, не принимая во внимание вопрос об отступлениях от обязательств⁶². Однако если они учитывают МПП, тем самым ослабляется существующий уровень защиты.

Положение более сложное согласно Европейской конвенции о правах человека (ЕКПЧ). Статья 2 перечисляет только допустимые основания для открытия огня. Они соответствуют парадигме правоохранительной деятельности, но не парадигме вооруженного конфликта. Для того чтобы учесть дополнительные обстоятельства, при которых правомерно открывать огонь во время конфликта, было бы необходимо отступить от обязательств. Статья 15 явным образом предусматривает такую возможность. В ней говорится, что не может быть отступлений от положений статьи 2, «за исключением случаев гибели людей в результате правомерных военных действий»⁶³. Статья 5 Конвенции также перечисляет только допустимые основания для задержания, а не формулирует запрет на произвольное задержание. Если требуется дополнительное основание, связанное с конфликтом, например для интернирования или административного задержания, будет необходимо отступление от обязательств⁶⁴. Статья 5 может допускать отступле-

61 Представляется, что этого не происходило в делах, касающихся Чечни, которые рассматривал ЕСПЧ, поскольку факты указывают на то, что было нарушение как права прав человека, так и МПП.

62 Примеры конструктивного применения МПП можно обнаружить в прецедентном праве Межамериканских комиссии и Суда по правам человека, в таких делах, как *Abella v. Argentina*, Case 11.137, Report No. 55/97, OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. at 271 (1997), and IACtHR, *Bámaca Velásquez Case*, Judgment of 25 November 2000, (Ser. C) No. 70 (2000).

63 ЕКПЧ, статья 15 (2).

64 ECtHR, *Lawless v. Ireland*, 332/57, Judgment of 1 July 1961. Из обоснований, предложенных Судом в деле «Ирландия против Великобритании» (5310/71, ECtHR, Judgment of 18 January 1978), становится ясно, что интернирование в Северной Ирландии было бы незаконным, если бы не было уведомления об отступлении от обязательств. В деле «Броган и другие против Велико-

ния, и государства, связанные ЕКПЧ, на практике делали отступления от положений статьи 5, когда чрезвычайное положение в государстве обуславливало, по их заявлению, необходимость интернирования или необычно длительного содержания под стражей до суда. Ни одно государство не отступало от обязательств по статье 2.

Другими словами Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ) не может использовать МГП в качестве основы для анализа при определении существования нарушения права прав человека, как это могут делать другие правозащитные органы. Он может сделать это открыто, только если государство заявило об отступлении от обязательств или заявив, что МГП имеет отношение к делу в качестве вопроса права. Однако во время немеждународных вооруженных конфликтов государство, скорее всего, будет отрицать применимость МГП. Более того, необходимость применять неопределенное обычное МГП может оказаться негативным стимулом. Принимая во внимание тот факт, что государство соглашается с тем, что оценивать его будут в соответствии с более высокими стандартами (право прав человека), можно подумать, что не встретит возражений просто применение права прав человека в полном объеме. Проблема состоит в том, что в этом случае отрицается применимость МГП как вопрос права. Это не вопрос выбора⁶⁵.

Во время международных вооруженных конфликтов

Положение во время международных вооруженных конфликтов более драматично. В подавляющем большинстве случаев не существует сомнений в том, что МГП применяется, и чаще всего это означает, что применяется значительный свод норм договорного права. В этот момент вопрос об отступлении от обязательств и вопрос о *lex specialis* взаимодействуют с другой проблемой, о которой кратко будет сказано далее — экстерриториальной применимостью права прав человека.

британии» (*Brogan & others v. UK*, 11209/84, Judgment of 29 November 1988) ЕСПЧ решил, что нарушение статьи 5 Конвенции обусловлено длительностью содержания под стражей (а не причиной). Впоследствии Соединенное Королевство сделало уведомление об отступлении, и с учетом этого факта содержание под стражей в соответствии с тем же законодательством было тогда сочтено не нарушающим Конвенцию (*Brannigan & McBride v. UK*, 14553–4/89, ECtHR, Judgment of 24 May 1993). Возможно, наиболее ярким примером является решение Комиссии в деле «Кипр против Турции» (*Cyprus v. Turkey*, 6780/74 & 6950/75, ECtHR, Report of the Commission, adopted on 10 July 1976), когда Комиссия вынесла определение, что при отсутствии уведомления об отступлении от обязательств задержание военнопленных во время международного вооруженного конфликта было нарушением Конвенции.

65 Два несогласных члена Комиссии в деле «Кипр против Турции», *ibid*.

Если право прав человека не применяется экстерриториально, оно все равно будет применяться к мерам, принимаемым государством на его собственной территории, таким как эвакуация и меры по гражданской обороне. Если право прав человека применимо экстерриториально, возникает тот же вопрос в отношении отступлений, что и в случае немеждународных вооруженных конфликтов.

Прецедентное право правозащитных органов в отношении международных вооруженных конфликтов является ограниченным⁶⁶. Межамериканская комиссия по правам человека рассматривала такие ситуации только в соответствии с Межамериканской декларацией прав человека, согласно которой она не выносит обязательных для исполнения судебных решений⁶⁷. Не существует положений об отступлении от положений Декларации, и нет положения о юрисдикции. Европейская комиссия по правам человека также вынуждена была рассмотреть такую ситуацию. Первое и второе дела, возбужденные Кипром против Турции, явились результатом вторжения Турции и оккупации Северного Кипра. Турция не сделала уведомления об отступлении и не объявила чрезвычайного положения в связи с Кипром. Комиссия применила статью 5 ЕКПЧ в ее буквальном смысле и на этом основании пришла к выводу, что задержание военнопленных было незаконным⁶⁸. Представляется, что такой результат абсурден. Меньшинство судей, несогласных с таким решением, считали, что МГП было применимым *as a matter of law* и в результате давало дополнительные допустимые основания для задержания, как это установлено в соответствии с МГП. Единственным способом избежать абсурдного результата было бы применение МГП, но в соответствии с ЕКПЧ для этого требовалось заявление государства об отступлении от обязательств.

66 Кроме прецедентного права Межамериканской комиссии по правам человека, действующей в соответствии с АДПЧ (см. примечание 67 ниже), существуют решения бывшей Европейской комиссии и Европейского суда по правам человека, рассматривавших целый ряд исков отдельных лиц против Турции после ее вторжения и последующей оккупации северного Кипра, самое заметное из них дело «Лузиду против Турции» (*Loizidou v. Turkey*, 15318/89, ECtHR, Judgment of 18 December 1996). Другие ситуации, якобы попадающие в категорию международных вооруженных конфликтов, включают положение Российских вооруженных сил в Приднестровье (ECtHR, *Ilaşcu & others v. Moldova & the Russian Federation, with Romania intervening*, 48787/99, Judgment of 8 July 2004) и сил Турции в северном Ираке (ECtHR, *Issa & others v. Turkey*, 31821/96, Admissibility Decision of 30 May 2000, Decision of Second Chamber, 16 November 2004).

67 Действия США в Гренаде обсуждались в МАКПЧ (Disabled Peoples' International, Case 9213, OEA/ser. L/V/II.71, doc. 9 rev. 1 (1987) (Annual Report 1986–1987); IACHR, *Coard and others v. the United States*, Report No. 109/99, Case No. 10,951, 29 September 1999, Ann. Rep. IACHR 1999; а также вторжение в Панаму (IACHR, *Salas and others v. the United States*, Report No. 31/93, Case No. 10,573, 14 October 1993, Ann. Rep. IACHR 1993, 312). Соединенные Штаты оспаривали юрисдикцию Межамериканской комиссии.

68 Примечание 64 выше.

Решение, которое, очевидно, предпочел Суд и, что менее удивительно, государства-участники, заключается в том, чтобы вовсе избежать применения права прав человека во время международных вооруженных конфликтов, за исключением ситуаций оккупации или экстерриториального содержания под стражей⁶⁹. Это, как предполагается, вызывает даже больше возражений. Во-первых, здесь игнорируется явное определение МС о том, что право прав человека остается применимым даже во время конфликта. Во-вторых, результат получается необычным. Во время немеждународных вооруженных конфликтов, когда не имеет места отступление от обязательств, право прав человека будет применяться в полном объеме, а это может привести к тому, что действия, являющиеся законными в соответствии с применимыми нормами МПП, будут сочтены незаконными в соответствии с правом прав человека. Во время международных вооруженных конфликтов, с другой стороны, поведение сил безопасности будет практически полностью выведено из-под действия системы регулирования права прав человека, в том числе толкования требований права прав человека, которые принимают во внимание МПП, за исключением случаев оккупации или задержания. Такая трудность возникает только в соответствии с ЕКПЧ — это не означает, что не существует проблем с другими договорами по правам человека. Однако их формулировки вызывают меньше сложностей, как при наличии, так и при отсутствии отступлений от обязательств, если принимается во внимание МПП.

Экстерриториальная применимость права прав человека

Вопрос о том, до какой степени право прав человека применяется экстерриториально, возникает исключительно в рамках самого этого права и не ограничивается ситуациями конфликта. Он, например, может возникнуть в связи с действиями представителей консульской службы одного государства на территории другого государства⁷⁰. Однако единственный аспект, который рассматривается здесь, касается экстерриториальных действий и упущений вооруженных сил государства. Подобные ситуации возникают в основном во время международных вооруженных

69 См. следующий раздел.

70 Например, ECommnHR, X v. FRG, 1611/62, 6 Ybk ECHR 158, p. 169; ECommnHR, W.M. v. Denmark, 17392/90, admissibility decision of 14 October 1992. Полный обзор прецедентного права ЕСПЧ по вопросу об экстерриториальном применении Конвенции см.: *Al-Skeini & others v. Secretary of State for Defence*, [2004] EWHC 2911 (High Court), and [2005] EWCA Civ 1609 (Court of Appeal).

конфликтов, но трансграничная деятельность, которая является частью немеждународного вооруженного конфликта, может создать аналогичную проблему. Совершенно очевидно, что значение взаимоотношений между МПП и правом прав человека сильно снижается, если последнее не применяется экстерриториально. Поэтому сфере экстерриториального применения права прав человека стало уделяться серьезное внимание в последние годы⁷¹. И хотя представляется, что некоторые вопросы уже решены, другие все еще горячо обсуждаются. Даже те области, в которых, как кажется, уже существует определенное согласие, не лишены проблем.

В деле «ДРК против Уганды» МС определил, что те же самые действия являются нарушением как МПП, так и права прав человека⁷². Эти действия имели место как на территории Демократической Республики Конго (Итури), оккупированной Угандой, так и на ее территории, не оккупированной Угандой. Судебное решение, принятое большинством голосов, не объясняет, каким образом Суд рассматривал сферу экстерриториальной применимости права прав человека.

В ситуациях оккупации

Представляется, что МС, Комитет по правам человека⁷³ и Европейский суд по правам человека⁷⁴ считают, что право прав человека применя-

71 См. в общем плане: Fons Coomans and Menno T. Kamminga (eds.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Intersentia, Antwerp 2004. В этой работе не рассматривается экстерриториальное применение права прав человека в отношении сил США или сил, действующих по поручению США. Кроме проблем, упоминаемых здесь, в этих ситуациях возникает вопрос о том, кто несет ответственность за действия национальных контингентов или командующего, о чем см.: ECtHR, *Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway*, 71412/01 and 78166/01, Admissibility decision of 2 May 2007.

72 Примечание 3 выше.

73 Комитет по правам человека, Замечание общего порядка № 31. Характер общего юридическо-го обязательства, налагаемого на государства — участники Пакта, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 мая 2004 г., ч. 10. При рассмотрении докладов некоторых государств КПЧ четким образом ссылался на ситуацию оккупации; в других случаях он говорил о форме контроля, который можно приравнять к оккупации, как то было, например, в Ливане, над территориями которого Израиль осуществлял эффективный контроль, Concluding Observations, initial report of Israel, CCPR/C/79/Add.93, 18 August 1998, para. 10; contrast: Concluding observations — Lebanon, UN Doc.CCPR/C/79/Add.78, paras. 4–5 (1977), где говорится об оккупации; а также предполагаемые нарушения в Ливане, которые были совершены силами безопасности Сирии, Concluding Observations, Second report of Syria, CCPR/CO/71/SYR, 24 April 2001, para. 10. Вопрос о контроле, осуществляемом Марокко над Западной Сахарой, возник, в принципе, в контексте осуществления права на самоопределение. См.: Concluding Observations, Fourth periodic report of Morocco, CCPR/C/79/Add.113, 1 November 1999, para. 9 and Fifth periodic report, CCPR/CO/82/MAR, 1 December 2004, paras. 8 and 18.

74 *Loizidou*, примечание 66 выше.

ется на оккупированной территории таким же образом, что и на собственной территории государства. Это означает, что государство имеет как обязанность воздерживаться от действий, так и позитивные обязательства в области прав человека. К «обязанностям воздерживаться от действий» относится обязательство государства не нарушать самому нормы прав человека, или обязательство уважать эти нормы. К «позитивным обязательствам» относится обязательство государства предоставлять защиту лицу от предсказуемого вреда, который могут причинить третьи стороны, это обязательство известно так же как обязательство предоставить защиту. Хотя вопрос представляется решенным, еще остаются трудности. Является ли критерий для определения оккупации тем же самым в МГП и в праве прав человека? Можно сказать, что в некоторых отношениях МГП уклоняется от ответа на вопрос о том, когда все обязательства по МГП на оккупированной территории становятся применимыми. Все же критерий четок: эффективный контроль необходим, для того чтобы территория считалась оккупированной⁷⁵. Территория может находиться под общим контролем оккупирующих сил, но оккупирующие власти могут встречаться с таким сопротивлением, что на практике они не сумеют выполнять некоторые из своих обязанностей в соответствии с Женевской конвенцией IV. Ярким примером тому может служить положение сил Великобритании в Басре, когда президент Буш заявил об окончании активных военных действий в Ираке⁷⁶. Частично, чтобы допустить как можно меньше потерь среди гражданского населения и как можно меньше разрушений в городе британские силы действовали очень осторожно. Они были единственной силой, о которой можно было сказать, что она осуществляет контроль. Тем не менее они были просто не в состоянии в то время принять на себя всю ответственность за здравоохранение, образование и т.п.

Возможно, МГП неявно признает, что оккупация состоит из различных стадий и что объем обязательств бывает разный. Государство, устанавливающее свою власть в качестве оккупирующей державы, будет так называться, но нельзя ожидать, что оно предоставит все те услуги, которые от него потребуются в более поздний период.

75 Гагская конвенция IV о законах и обычаях сухопутной войны и приложение к ней: Гагское положение о законах и обычаях сухопутной войны, статья 42.

76 В деле Аль-Скейни (примечание 70 выше) некоторые судьи пришли к выводу, что Басра не находилась под эффективным контролем британских сил для целей применения Европейской конвенции о правах человека, даже несмотря на то, что это была, возможно, оккупированная территория для целей МГП. См. также: Al-Skeini, [2007] UKHL 26, opinion of Lord Rodger of Earlsferry, para. 83.

Опасность заключается в том, что орган по правам человека будет применять слишком жесткие критерии. Если право прав человека применяется только в случаях оккупации, но не в других случаях, это, как представляется, обуславливает применение черно-белого правила. Не допускается возможность того, что право прав человека станет применяться только в той степени, в какой государство будет осуществлять контроль над каким-либо видом деятельности, но не над территорией в целом. Это несколько парадоксально, поскольку в других обстоятельствах право прав человека проявляет большую гибкость, чем МПП. Такое положение говорит и о том, что орган по правам человека может уступить искушению обозначить ситуацию как оккупацию, хотя она не определялась бы в качестве таковой в соответствии с МПП из-за трагических последствий, к которым способен привести иной вывод.

Следует помнить, что согласно рассматриваемой здесь гипотезе, если государство не оккупирует другое государство, право прав человека не применяется. Европейский суд по правам человека, например, предположил в своем *obiter dictum*, что может иметь место временная и, предположительно, географически ограниченная оккупация. Предположение было сделано в связи с операциями Турции на севере Ирака⁷⁷. В своем решении по делу «Иласку и другие против России и Молдовы» Суд явным образом не постановил, что Россия оккупировала Приднестровье, но представляется, что именно такую модель ответственности он имел в виду, когда определил, что Россия несла ответственность за задержание истцов⁷⁸. Существовали особые фактические причины, почему было правильным возлагать на Россию ответственность⁷⁹. Проблема касается, скорее, основы для вынесения решения. Теперь, когда Грузия, Азербайджан и Армения являются участниками Европейской конвенции, вполне вероятно, что аналогичные проблемы возникнут в связи с территориями в первых двух государствах, которые не находятся под их соответствующим контролем⁸⁰. Также вполне вероятно, что Европейский суд по правам человека получит жалобы на Соединенное Королевство в связи с его операция-

77 *Issa*, примечание 66 выше.

78 ECtHR, *Ilascu and others v. Russia, Moldova*, 48787/99, Judgment of 8 July 2004.

79 Российский персонал осуществил самозадержание, хотя затем истцы были переданы властям Приднестровья.

80 Грузия подала межгосударственную жалобу на Россию в результате недавнего конфликта между двумя государствами. Жалобы со стороны отдельных лиц могут быть поданы как на Грузию, так и на Россию.

ми в Ираке, включая и те, которые осуществлялись во время военной оккупации⁸¹. Если МГП является *lex specialis*, но право прав человека остается применимым, орган по правам человека должен, предположительно, применять МГП для определения того, является ли ситуация оккупацией.

Комитету по правам человека и Комитету по экономическим, социальным и культурным правам пришлось рассматривать вопрос в более общем плане только при оценке докладов государств, касающихся имплементации. В различных ситуациях они подтверждали, что обязательства государства по правам человека должны выполняться и на оккупированной им территории. Такой подход был явным образом одобрен МС. Этим органам, однако, не приходилось определять оккупацию или решать, является ли определение, имеющееся в праве прав человека, таким же, что и в МГП. Процесс составления соответствующих договоров дает возможность этим органам, если возникнет такая необходимость, толковать право прав человека в свете МГП, особенно Женевской конвенции IV.

Содержание под стражей за пределами национальной территории

Представляется, что, в общем, все согласны с тем, что, если государство задерживает лицо за пределами своей национальной территории, оно тем самым начинает осуществлять в отношении этого лица свою юрисдикцию⁸². Это означает, что применяется право прав человека, но не ясно, применяется ли оно только к обращению с лицом, содержащимся под стражей, или также к основаниям для задержания и обстоятельствам режима содержания под стражей, таким как незамедлительный доступ к судебному должностному лицу для подтверждения законности задержания и возможность оспорить законность задержания. Поразительно, что как в Ираке, так и в Афганистане государства, связанные Европейской конвенцией, действовали так, будто

81 *Al-Skeini*, примечания 70 и 76 выше. См. также: UK House of Lords, *Al Jeddah v. Secretary of State for Defence*, [2007] UKHL 58, но следует отметить, что он был задержан после того, как Совет Безопасности принял 8 июня 2004 г. резолюцию 1546, в которой говорилось, что Совет Безопасности, по крайней мере, считает, что Ирак более не является оккупированным с правовой точки зрения.

82 Например, Human Rights Commission, *Lopez Burgos v. Uruguay*, UN Doc. A/36/40, 176; Communication No.52/1979, CCPR/C/13/D/52/1979, 29 July 1981; IACHR, *Coard and others*, Report No. 109/99, Case No. 10,951, 29 September 1999, Ann. Rep. IACHR 1999; ECtHR, *Öcalan v. Turkey*, 46221/99, Judgment of 12 May 2005.

этот договор имеет, по крайней мере, некоторое отношение к этим конфликтам⁸³. Представляется, что на практике меньше проблем возникает в связи с задержанием, чем в связи с оккупацией в целом. Совершенно очевидно, что удерживающие власти осуществляют весь требующийся контроль, хотя его могут осуществлять несколько различных государств⁸⁴ и даже может существовать санкция ООН на задержание⁸⁵. Тем не менее применимость ЕКПЧ, в частности, встречается с трудностями. Как уже говорилось, государству необходимо сделать уведомление об отступлении от обязательств при намерении ввести в действие дополнительные основания для задержания, которые разрешены в соответствии с МПП, если Европейский суд по правам человека не применит МПП в качестве вопроса права. В силу причин, упомянутых ранее, у других правозащитных органов подобных трудностей меньше.

Некоторые элементы обстоятельств задержания рассматриваются в общем плане в МПП. Однако тексты не дают определения таким терминам, как «суд» или «судья». Эти термины не определяются и в праве прав человека, но прецедентное право их разъяснило. Если применяется право прав человека к экстерриториальному задержанию, но МПП является *lex specialis*, каков статус прецедентного права прав человека? Предположительно, прецедентное право прав человека предоставляет полезные принципы в такой ситуации, но, возможно, неправильно будет считать его юридически обязательным⁸⁶. Особенно трудные вопросы могут возникать в связи с окончанием задержания.

Существующая неясность в других областях

Во всех других областях нет единодушия относительно экстерриториального применения права прав человека. Если можно предвидеть, что лицо пострадает в результате преднамеренного нападения на зда-

83 Примечание 81 выше. В Афганистане была создана система для обеспечения пересмотра решения о задержании.

84 Например, см.: *Lopez Burgos*, примечание 82 выше.

85 ECtHR, *Behrami and Behrami v. France*, 71412/01, and *Saramati v. France, Germany and Norway*, 78166/01, Grand Chamber, Admissibility decision of 2 May 2007.

86 См.: *Пейч, Елена*. Соблюдение процессуальных принципов и гарантий в случае интернирования или административного содержания под стражей в период вооруженного конфликта или в других ситуациях насилия // *Международный журнал Красного Креста*. 2005. № 858. С. 183; см. также: Хенкергс и Досвальд-Бек, примечание 33 выше.

ние, находится ли это лицо в сфере юрисдикции государства, осуществляющего нападение? Хотя государство не контролирует территорию, оно все-таки контролирует совершение предполагаемого нарушения. Критерием для экстерриториального применения права прав человека является тот факт, что *жертва*, а не нарушитель, находится в сфере соответствующей юрисдикции. Если возможно предвидеть, что жертва пострадает в результате действия, можно сказать, что она находится в сфере юрисдикции государства, несущего ответственность за нападение.

Международный суд постановил, что статья 6 Пакта о гражданских и политических правах (то есть запрет на произвольное убийство) была нарушена Угандой в тех областях ДРК, над которыми она не осуществляла контроль. Это противоречит печально известному решению о приемлемости Европейского суда по правам человека в деле «Банкович и другие против Бельгии и 16 других государств НАТО»⁸⁷. Подход Европейского суда ведет к очевидно произвольным результатам. Если лицо окружено вооруженными силами иностранного государства (фактическое задержание) и застрелено, то жертва находится в сфере его юрисдикции. Если в человека стреляют с расстояния в 50 метров, когда никаких других сил нет поблизости, жертва также, предположительно, находится под контролем соответствующих сил и, следовательно, в сфере юрисдикции государства, осуществляющего нападение. Сколько же метров должно разделять лицо и нападающего, для того чтобы это лицо не находилось под контролем государства, осуществляющего нападение? Удивительно, что если с самолета сброшены две бомбы вблизи границы государства, подвергающегося нападению, но именно на его территории, то люди, убитые на этой территории, будут находиться «в сфере юрисдикции»⁸⁸, а те, кто был убит по другую сторону, — не будут⁸⁹.

Можно предположить, что правильным критерием был бы не контроль над территорией, но контроль над последствиями, которые составляют нарушение, при условии, что жертва пострадала в результате действия и это можно было предвидеть. Следует помнить, что это касается лишь приемлемости жалобы, а не того, будет ли в конечном итоге определено, что имело место нарушение. Если МГП применяется

87 ECtHR, *Bankovic and others v. Belgium and 16 other NATO States*, 52207/99, Grand Chamber Admissibility Decision of 12 December 2001.

88 ECommHR, *Isiyok v. Turkey*, 22309/93, Admissibility decision of 3 April 1995; Friendly settlement of 31 October 1997.

89 *Bankovic*, примечание 87 выше.

как *lex specialis*, то нарушение права прав человека будет совершено, только если действие также составит нарушение МГП. В то время как общие заявления МС и Комитета по правам человека были ясными, их применение на практике не столь очевидно. Прецедентное право Европейского суда по правам человека, который должен рассматривать практическое применение любого принципа, назвал непоследовательным Высокий суд правосудия Великобритании и Апелляционным судом⁹⁰. У Европейского суда, по всей вероятности, будет возможность заново пересмотреть вопрос, если станут подаваться иски в связи с операциями Великобритании в Ираке.

Размышляя о причине непоследовательности прецедентного права Европейского суда, можно прийти к выводу, что, возможно, имел место один или более из трех, по крайней мере, элементов. Во-первых, судьи, как кажется, опасаются, что им придется примириться с МГП в качестве основы для анализа, даже если судебное решение составлено исключительно в формулировках права прав человека⁹¹. Во-вторых, судьи, как представляется, предполагают, что если они будут считать приемлемыми дела, касающиеся экстерриториального применения, государства откажутся участвовать в таких операциях, даже когда они осуществляются в интересах затронутого населения⁹². На самом же деле, если Суд только определит нарушение права прав человека в экстерриториальной ситуации, в которой произошло нарушение МГП, то государствам, уважающим право, нечего опасаться. В-третьих, судьи, возможно, боятся увеличения и так уже огромного числа дел. Думается, что решение проблемы с количеством дел заключается не в том, чтобы не принимать к рассмотрению те дела, которые этого заслуживают. Межамериканский суд по правам человека продемонстрировал, что к решению этих вопросов можно подойти с принципиальной точки зрения⁹³. Нужно незамедлительно организовать обсуждение между членами договорных органов и государствами и разработать последовательные и логичные принципы для того, чтобы определить сферу экстерриториальной применимости права прав человека на практике.

90 EWCA, *The Queen on the Application of 'B' & Ors v. Secretary of State for the Foreign and Commonwealth Office* [2004] EWCA Civ 1344, para. 59; *Al-Skeini*

91 ECommHR, *Cyprus v. Turkey*, 6780/74 and 6950/75, Report of the Commission, Adopted on 10 July 1976; *Ergi*, примечание 43 выше.

92 *Bankovic*, примечание 87 выше; *Behrami & Behrami and Saramati*, примечание 71 выше.

93 Примечание 67 выше.

Заключение

Хотя три предложения, которые вытекают из консультативных заключений и судебных решений МС кажутся простыми, их применение на практике, по всей вероятности, будет вызывать проблемы для органов по правам человека. В качестве конкретного примера достаточно представить себе трудности, с которыми столкнется Европейский суд по правам человека при рассмотрении недавно представленного дела Грузии против России, касающегося военных операций в августе 2008 г.⁹⁴ Членам или секретариатам соответствующих органов нужно будет, по меньшей мере, пройти обучение в области МПП или использовать специалистов по МПП. В силу целого ряда причин Европейский суд по правам человека, по всей вероятности, столкнется с особыми проблемами. Во-первых, формулировки положений о защите права на жизнь и задержание согласуются только с парадигмой правоохранительной деятельности. Для того чтобы Суд мог применять МПП в качестве *lex specialis*, необходимы уведомления об отступлении от обязательств, и тогда практика государств-членов в отношении отступлений от обязательств должна быть изменена. Во-вторых, у Суда нет функции по осуществлению общего мониторинга, он рассматривает только отдельные дела. И вместо того, чтобы высказывать мнение общего характера, он должен вынести определение относительно применимости любого такого принципа на практике. Установление сферы экстерриториальной применимости права прав человека является поэтому особенно трудным. С учетом вышесказанного следует подчеркнуть, что все органы по правам человека столкнутся с некоторыми трудностями.

Было бы соблазнительно предложить радикальное решение: установление права на подачу персональных жалоб за нарушения МПП, которые принимались бы новым механизмом урегулирования споров, и исключение таких дел из практики органов по правам человека. Это могло бы сработать, только если бы МС согласился с установлением жесткого разграничения между МПП и правом прав человека. Тогда возникла бы новая проблема, а именно до какой степени новый орган

94 Временные меры были разрешены 12 августа 2008 г. в соответствии с правилом 39 Регламента Суда, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=839100&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649> (последнее посещение 21 октября 2008 г.). Следует также отметить, что Европейский суд по правам человека объявил, что он получил 2729 жалоб на Грузию от граждан Южной Осетии; <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=13&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionId=15237971&skin=hudoc-pr-en> (последнее посещение 27 октября 2008 г.).

МГП может принимать во внимание право прав человека при определении того, имело ли место нарушение МГП.

Предпочтительнее было бы не создавать новые проблемы, а постараться найти решение тех, которые встают перед существующими учреждениями. Межамериканский суд по правам человека указал путь, по крайней мере, в том, что касается принятия во внимание положений МГП. Нужно лишь провести серию совещаний, в которых примут участие члены МС и органов по правам человека, представители государств, имеющие соответствующий опыт, и независимые эксперты, для выработки решений указанных проблем. Три заявления МС могли бы быть отправной точкой и не должны ставиться под сомнение. Внимание на совещаниях должно сосредоточиваться не на конкретном учреждении, а скорее на конкретной проблеме, с которой сталкиваются все соответствующие институты. Критерием любого решения должны быть его логичность и практичность, кроме того, необходимо избежать снижения уровня существующей защиты. Должна существовать возможность достичь консенсуса относительно практических последствий одновременного применения МГП и права прав человека.