

## Передача задержанных лиц: юридические основания, принцип невыворения (non-refoulement) и современные вызовы

**Кордула Дрёге\***

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

### **Краткое содержание**

*В настоящей статье излагаются правовые основания, регулирующие передачу лиц, в частности принцип международного права о невыворении (non-refoulement), а также другие ограничения на передачу. Автор рассматривает некоторые новые юридические и практические проблемы, возникающие при содержании лиц под стражей и их передаче, в контексте многонациональных операций, осуществляемых за границей, и анализирует современную практику соглашений о передаче.*

\* Высказанные в настоящей статье мнения принадлежат только автору и необязательно отражают точку зрения МККК.



Передача и репатриация лиц во время вооруженного конфликта уже в течение долгого времени вызывают беспокойство МККК. Во время вооруженных конфликтов задержанных лиц иногда передают от одной воюющей стороны к другой или возвращают в страну их происхождения. По завершении конфликта возникают проблемы, связанные с безопасным возвращением военнопленных при репатриации или освобождении лиц, задержанных по соображениям безопасности.

За последние годы многочисленные громкие газетные заголовки сообщали о передаче лиц, содержащихся под стражей. Сейчас всем известно, что в рамках принятия антитеррористических мер людей тайно перевозили под стражей из одного места содержания в другое, иногда они подвергались жестокому обращению во время или после таких передач.

В таких современных конфликтах, которые имеют место в Афганистане, Ираке, Демократической Республике Конго, Судане и Чаде, в связи с присутствием там многонациональных сил возникает целый ряд вопросов. Кто обладает полномочиями и возможностями для содержания под стражей лиц, захваченных в связи с конфликтом: страна, где происходит конфликт, или участники коалиции либо миротворческих сил, присутствующих на территории этой страны? Каковы правовые основания передачи лиц от одной страны, участвующей в коалиции или предоставляющей контингент войск для миротворческой операции, другой или передачи лиц международными силами властям страны, где происходит конфликт? Один из основных правовых вопросов в этом контексте таков: до какой степени принцип невыдворения (non-refoulement) применим к передаче задержанных во время вооруженных конфликтов и, в частности, в ходе многонациональных операций?

Стартовой точкой для любого анализа должны быть существующие в международном праве основания, регулирующие передачу лиц, и, точнее, принцип невыдворения, имеющийся в международном праве, а также другие правовые нормы. Поэтому настоящая статья начинается с напоминания международных правовых норм, касающихся передач. Далее в ней рассматриваются некоторые из новых вызовов, обусловленных задержанием и передачей задержанных в контексте многонациональных операций. Затем мы взглянем на современную практику заключения соглашений о передаче. И наконец, в статье перечисляются некоторые юридические принципы, касающиеся ответственности передающих государств, возникающей после передачи.

## Принцип невыдворения (non-refoulement) как отправная точка в праве

Принцип невыдворения запрещает передавать лиц из одного государства в другое, если там им грозит опасность стать жертвами нарушений определенных основных прав. Этот принцип присутствует — с некоторыми вариациями в отношении лиц, которым он предоставляет защиту, и опасностей, от которых он защищает — в праве беженцев, в договорах о выдаче (экстрадиции), международном гуманитарном праве и в международном праве прав человека. В последующих разделах мы кратко остановимся на основных чертах этого принципа в разных отраслях права<sup>1</sup>.

### Правовые источники принципа невыдворения

#### *Право беженцев*

Термин «невыдворение» часто ассоциируется с правом беженцев, поскольку он упоминается в статье 33 Конвенции о статусе беженцев 1951 г.<sup>2</sup> Это положение запрещает выдворение, то есть насильственное возвращение или изгнание, беженца. В нем говорится: «Договаривающиеся государства не будут никоим образом высылать или возвращать беженцев в страны, где их жизни или свободе угрожает опасность вследствие их расы, религии, гражданства, принадлежности к определенной социальной группе или политических убеждений». В соответствии с правом беженцев принцип невыдворения применяется в отношении беженцев (независимо от того, были ли они официально признаны в качестве таковых) и тех, кто ищет убежища. Нельзя забывать, что некоторые лица, захваченные во время вооруженных

- 1 Наиболее подробный анализ принципа невыдворения содержится в статье Э. Гиллард «Лучше всего быть дома: обязательства государств в отношении передачи лиц», в данном номере журнала. См. также: Sir Elihu Lauterpacht and Daniel Bethlehem, 'The scope and content of the principle of non-refoulement: opinion', in Erika Feller, Volker Türk and Frances Nicholson (eds.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, 2003, доступно по адресу: [www.unhcr.org/publ/PUBL/419c75ce4.pdf](http://www.unhcr.org/publ/PUBL/419c75ce4.pdf) (последнее посещение 9 октября 2007 г.).
- 2 Принцип невыдворения закреплен также без каких-либо ограничений по причинам, связанным с обеспечением безопасности, в статье 2 (3) Конвенции ОАЕ, регулирующей конкретные аспекты проблем беженцев в Африке, и подтвержден в качестве нормы *jus cogens* в Карфагенской декларации о беженцах (ч. 5). Принцип появляется также в статье 3 (3) Принципов, касающихся обращения с беженцами, принятых Афро-азиатским юридическим консультативным комитетом в 1966 г., где имеется ограничение, связанное с соображениями безопасности.

конфликтов или других ситуаций насилия, могут попасть в эти категории и имеют право на защиту в соответствии с правом беженцев. Формулировка статьи 33 (1) Конвенции о статусе беженцев 1951 г. («никоим образом») ясно показывает, что норма о невыдворении применяется в отношении любого насильственного перемещения, включая экстрадицию, депортацию и высылку<sup>3</sup>.

Кроме того, целый ряд договоров о выдаче (как многосторонних, так и двусторонних), а также договоров по борьбе с терроризмом или другими преступлениями содержат основания для отказа от передачи, такие как исключения в случае политических преступлений, недопустимость преследования или дискриминации, отказ в выдаче по причинам, связанным с собственными понятиями о правосудии и справедливости в государстве, которому направлена просьба о выдаче, или отказ в экстрадиции на основании международного или регионального права прав человека или права беженцев<sup>4</sup>.

### *Международное право прав человека*

Принцип невыдворения является также принципом международного права прав человека. В соответствии с этим сводом правовых норм права человека могут стать препятствием для любой передачи другому государству, независимо от того, как она представлена официально. В то время как в некоторых договорах используются такие конкретные термины, как «возвращение», «высылка» или «выдача», формальное описание передачи не имеет значения. Основным критерием является эффективный контроль над лицом: если эффективный контроль над лицом переходит от одного государства к другому, применяется этот принцип<sup>5</sup>.

3 Углубленный анализ принципа невыдворения в Конвенции 1951 г. о статусе беженцев см.: S. Goodwin-Gill and Jane McAdam, *The Refugee in International Law*, 3rd edn, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 201 ff.

4 Статья 3 Типового договора ООН о выдаче; статья 3 Европейской конвенции 1957 г. о выдаче; статья 4 Межамериканской конвенции о выдаче; статья 9 Конвенции ООН 1979 г. о борьбе с захватом заложников; статья 5 Европейской конвенции о пресечении терроризма; Директива Совета Европейского союза 2003/110/ЕС от 25 ноября 2003 г. об оказании помощи в случаях транзита для целей высылки воздушным путем, OJ L, 321, 6.12.2003, p. 26; Рамочное решение Совета Европейского союза от 13 июня 2002 г. о европейском ордере на арест и процедурах передачи между государствами-членами, 2002/584/JHA, OJ L190, 18 июля 2002 г., с. 1–20, преамбула, ч. (13); Заключение Исполнительного комитета УВКБ, № 17 (XXXI), 1980, «Проблемы выдачи, касающиеся беженцев», ч. (d) и (e).

5 См.: Lauterpacht and Bethlehem, примечание 1 выше, ч. 63; Комитет против пыток, Выводы и рекомендации: Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии, под-

Принцип невыдворения явным образом признается в целом ряде инструментов по правам человека, например, в статье 3 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания<sup>6</sup>, статье 22 (8) Американской конвенции о правах человека, статье 13 (4) Межамериканской конвенции о предотвращении пыток и наказании за их применение, статье 16 Международной конвенции для защиты всех лиц от насильственных исчезновений и статье 19 (2) Хартии основных прав Европейского союза.

Если говорить в общем, то, как это признано в судебной практике правозащитных органов, принцип невыдворения является одним из основных компонентов запрета пыток и других жестоких, бесчеловечных и унижающих достоинство видов обращения и наказания<sup>7</sup>.

Действительно, Комитет ООН по правам человека заявил, что государства — участники Международного пакта о гражданских и политических правах (МПГПП) приняли на себя обязательство «не экстрадировать, не депортировать, не высылать и не выдворять каким-либо иным образом лицо со своей территории, когда имеются серьезные основания полагать, что существует реальная опасность причинения невозместимого вреда, такого как предусмотренный в статьях 6 и 7 Пакта, будь то в страну, в которую планируется выдворить данное лицо, или в любую страну, в которую данное лицо может быть выслано впоследствии»<sup>8</sup>. Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ) также считал, что запрет на выдворение вытекает непосредственно из запрета на пытки и жестокое и бесчеловечное обращение

властные Британской Короне территории и зависимые заморские территории, UN Doc. CAT/C/CR/33/3, 10 декабря 2004 г., ч. 4 (b) и 5 (e).

- 6 См.: Комитет против пыток, Замечание общего порядка № 1 относительно осуществления статьи 3 Конвенции в контексте статьи 22, UN Doc. A/53/44, 16 сентября 1998 г., приложение IX.
- 7 Доклад Специального докладчика по вопросу о пытках и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видах обращения и наказания, UN Doc. A/59/324, 1 сентября 2004 г., ч. 28: «Принцип невыдворения органически связан с общим абсолютным и императивным понятием запрещения пыток и других форм жестокого обращения».
- 8 Комитет по правам человека, Замечание общего порядка № 20, Запрещение пыток и жестокого обращения и наказания, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add 13, 26 мая 2004 г., ч. 12; и Замечание общего порядка № 31, Характер общего юридического обязательства, налагаемого на государства — участники Пакта, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.1, 28 июля 1994 г., с. 31, ч. 9. Комитет по правам человека неоднократно занимал аналогичную позицию в своей судебной практике, например, *Chitat Ng v. Canada*, Communication No. 469/1991, 7 January 1994, UN Doc. CCPR/C/49/D/469/1991, para. 14.1; *Joseph Kindler v. Canada*, Communication No. 470/1991, 18 November 1993, UN Doc. CCPR/C/48/D/470/1991, para. 6.2; о несогласии правительства Соединенных Штатов с этой интерпретацией статей 6 и 7 см.: Комментарий правительства Соединенных Штатов о заключительных замечаниях Комитета по правам человека, UN Doc. CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1/Add.1, 12 February 2008, pp. 8 f.

в статье 3 Европейской конвенции о правах человека (ЕКПЧ)<sup>9</sup>. Комитет ООН по правам ребенка занимает аналогичную позицию<sup>10</sup>.

Запрет на выдворение связан и с опасностью быть произвольно лишенным жизни, в частности в результате смертной казни без предоставления основных гарантий справедливого судебного процесса. Комитет по правам человека заявлял четким образом, что опасения нарушить статью 6 МПГПП (права на жизнь) служат препятствием для высылки с территории<sup>11</sup>. Европейскому суду по правам человека не приходилось рассматривать дела о передаче, связанной с риском произвольного лишения жизни или смертного приговора без справедливого судебного рассмотрения<sup>12</sup>, но он признавал, что вынесение смертного приговора в нарушение принципов, требующих справедливого суда, можно приравнять к бесчеловечному обращению<sup>13</sup>. В соответствии с судебной практикой Суда передача будет означать нарушение статьи 3 ЕКПЧ, если соответствующее лицо подвергается такой опасности. Более того, принимая во внимание необратимый вред, который будет причинен в случае произвольного лишения жизни, статья 2 ЕКПЧ должна рассматриваться как препятствие к передаче, если лицу грозит опасность произвольного лишения жизни. Таким образом, запрет на выдворение распространяется и на передачу, если лицо подвергается риску быть произвольно лишенным жизни, в том числе путем вынесения смертного приговора без предварительного справедливого судебного разбирательства.

Более того, в соответствии с конкретными договорами и международными документами принцип невыдворения распространяется и на другие основания. Например, статья 16 Международной конвенции для защиты всех лиц от насильственных исчезновений запрещает

- 9 European Court of Human Rights (ECtHR), *Soering v. The United Kingdom*, Judgment of 7 July 1989, Series A No. 161, para. 91; *Cruz Varas and Others v. Sweden*, Judgment of 20 March 1991, Series A No. 201, paras. 69–70; *Vilvarajah and Others v. The United Kingdom*, Judgment of 30 October 1991, Series A No. 215, p. 34, paras. 102–110; *Chahal v. The United Kingdom*, Judgment of 15 November 1996, Reports 1996-V, para. 74.
- 10 Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 6, Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin, UN Doc. CRC/GC/2005/16, 1 September 2005, paras. 27–28.
- 11 Комитет по правам человека, Замечание общего порядка № 31, примечание 8 выше, ч. 12; применение смертной казни без гарантий справедливого судебного процесса является нарушением права на жизнь, Комитет по правам человека, Замечание общего порядка к статье 6, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.1, 29 июля 1994 г., ч. 7.
- 12 Он оставил вопрос открытым в деле *S.R. v. Sweden*, решение от 23 апреля 2003 г. и *Bader and others v. Sweden*, решение от 8 ноября 2005 г., ч. 49. Следует отметить, однако, что Протоколы № 6 и № 13 толкуются некоторыми как влекущие за собой запрет на передачу лица, если оно подвергается опасности смертной казни.
- 13 ECtHR, *Öcalan v. Turkey*, Judgment of 12 March 2003, para. 213, confirmed by the Grand Chamber in its Judgment of 12 May 2005, para. 169; *Bader and others v. Sweden*, примечание 12 выше, ч. 47.

передачу любого лица, которое подвергается опасности насильственного исчезновения; Хартия основных прав Европейского союза запрещает передачу лиц, которые подвергаются опасности смертной казни<sup>14</sup>. В соответствии с судебной практикой некоторых правозащитных органов принцип невыдворения может быть расширен, для того чтобы предусмотреть и другие опасности<sup>15</sup>. В каждой ситуации поэтому будет необходимо рассмотреть конкретные договоры, сторонами которых является государство, и понять, налагают ли они более широкий запрет на выдворение, чем тот, который упоминается здесь, — то есть запрет на передачу, если лицо подвергается опасности применения пыток, жестокого, бесчеловечного и унижающего достоинство обращения или произвольного лишения жизни.

### *Международное гуманитарное право*

Принцип невыдворения нашел также отражение в статье 45 (4) Женевской конвенции IV, которая предусматривает, что

«[п]окровительствуемое лицо ни в коем случае не может быть передано в страну, в которой оно могло бы опасаться преследований в связи со своими политическими или религиозными убеждениями»<sup>16</sup>.

- 14 Статья 19 (2); см. также: Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted (*Official Journal* 2004, L 304, 30 September 2004, pp. 0012–0023). В этом документе предусматривается дополнительная защита, если не применяется право беженцев, но и в силу других причин, таких как риск смертной казни и пыток или бесчеловечного и унижающего достоинство обращения или наказания, лица не могут высылаться (статья 15).
- 15 Например, ЕСПЧ признавал, что риск того, что основные гарантии справедливого судебного процесса не будут предоставлены, может служить препятствием для передачи: *Soering*, примечание 9 выше, ч. 11; *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, Judgment of 4 February 2005 [GC], para. 88; см. также: Доклад Рабочей группы по произвольным задержаниям, UN Doc. A/HRC/4/40, 9 января 2007 г., ч. 49, о риске произвольного задержания. Комитет по правам ребенка также рассматривал целый ряд опасностей, которые могут причинить невосполнимый вред для передаваемых детей, например, насильственная вербовка: Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 6, примечание 10 выше, с. 10.
- 16 Хотя термин «преследование» не определен в гуманитарном праве, он как минимум относится к серьезным нарушениям прав человека (права на жизнь, свободу, безопасность) на таких основаниях, как этническая принадлежность, гражданство, религия или политические убеждения. См.: Конвенция 1951 г. о статусе беженцев, статья 1; *UNHCR Handbook on Procedures and Criteria for determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, HCR/IP/4/Eng/REV.1, re-edited January 1992, paras 51–53; Статут Международного уголовного суда 1998 г., статья 7 (2)g. См. также: Гиллард, примечание 1 выше, с дальнейшими ссылками.



В Женевской конвенции III, касающейся военнопленных, нет параллельных положений. Ее статья 118 устанавливает, что «[в]оеннопленные освобождаются и репатрируются тотчас же по прекращении военных действий». Сразу же после начала работы над составлением Женевских конвенций 1949 г. МККК привлек внимание государств к случаям, когда военнопленных репатриировали против их воли<sup>17</sup>, но исключения из обязательств по репатриации были отвергнуты Дипломатической конференцией<sup>18</sup>. Тем не менее МККК всегда придерживался мнения, что хотя простое желание военнопленных не может служить препятствием к репатриации, их не следует репатриировать, если это «противоречит общим принципам международного права о защите человека», а надзорные органы должны быть в состоянии убедиться в каждом конкретном случае, что решения военнопленных были приняты без принуждения<sup>19</sup>. МККК руководствовался этими принципами в ходе многих конфликтов, например во время войны между Ираном и Ираком<sup>20</sup>, войны в Персидском заливе 1990–1991 гг.<sup>21</sup> и войны между Эфиопией и Эритреей<sup>22</sup>.

Кроме того, Женевские конвенции содержат гораздо более широкие ограничения на передачу военнопленных или гражданских интернированных лиц от одной союзной державы другой во время международного вооруженного конфликта. Статья 12 (2) Женевской конвенции III предусматривает, что

«[в]оеннопленные могут быть переданы держащей в плену Державой только Державе, которая является участницей настоящей Конвенции, и только после того, как держащая в плену Держава удостоверилась в желании и способности Державы, которой передаются военнопленные, применять Конвенцию».

17 Jean Pictet (ed.), *Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Vol. III, *Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War*, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1960, p. 542.

18 Однако статья 109 Женевской конвенции III все же запрещает репатриацию больных или раненых военнопленных против их воли во время военных действий. Это, конечно, должно толковаться как относящееся и к военнопленным, которые не ранены и не больны. *Ibid.*, p. 512. Эта формулировка была включена в нормы о раненых и больных потому, что только они подлежали раннему освобождению в соответствии с Женевской конвенцией III.

19 *Ibid.*, pp. 547–9.

20 *ICRC Annual Report 1989*, p. 87.

21 *ICRC Annual Report 1991*, p. 100.

22 *ICRC Annual Report 2006*, p. 97; *ICRC Annual Report 2007*, p. 102.



Статья 45 (3) Женевской конвенции IV содержит аналогичное положение, касающееся иностранцев на территории стороны в международном вооруженном конфликте. Эти статьи имеют очень широкое воздействие в двух отношениях: во-первых, они запрещают передачу задержанных не только в случае конкретных опасностей, но и в любой ситуации, когда Конвенции не будут соблюдаться принимающим государством; во-вторых, в них говорится не только о формальном присоединении принимающего государства к Женевским конвенциям, но и о его желании и способности соблюдать их.

Сфера применения этих двух положений не столь широка, как у права прав человека, поскольку они применяются только в отношении определенных категорий лиц. Статья 45 Женевской конвенции IV применяется в отношении иностранцев на территории стороны в международном вооруженном конфликте, а статья 12 Женевской конвенции III применяется в отношении военнопленных. Кроме того, в своем изначальном смысле они применяются к передаче между государствами — союзниками в международном вооруженном конфликте, а в отношении немеждународных вооруженных конфликтов аналогичных положений не существует.

Тем не менее лежащий в основе этих положений гуманитарный принцип (удерживающая держава должна удостовериться в том, что союзник, которому она передает задержанных, будет обращаться с ними в соответствии со стандартами Женевских конвенций) также должен приниматься во внимание во время немеждународных вооруженных конфликтов (особенно во время так называемых интернационализированных конфликтов, когда во внутренних конфликтах на стороне правительства начинают действовать иностранные войска). Например, если страны, предоставляющие контингенты для многонациональных сил во время немеждународного вооруженного конфликта, передают задержанных друг другу, следует учитывать принцип, лежащий в основе статьи 12 (2) Женевской конвенции III и статьи 45 (3) Женевской конвенции IV.

Кроме того, статья 3, общая для четырех Женевских конвенций, налагает абсолютный запрет на пытки, жестокое обращение или посягательства на личное достоинство, в частности унижающее достоинство обращение. Это положение должно интерпретироваться в свете толкования, предлагаемого для аналогичных положений в праве прав человека. Если содержащийся в праве прав человека абсолютный запрет на пытки и другие виды дурного обращения не допускает передачу лица, которое подвергается опасности такого обращения, нет причин, по которым абсолютный запрет в гуманитарном праве не должен толковаться таким же образом.

Другое положение, имеющее значение в контексте передачи и освобождения лиц, содержится в статье 5 (4) Дополнительного протокола II к Женевским конвенциям:

«Если принимается решение об освобождении лиц, лишенных свободы, те, кто принимает такое решение, предпринимая необходимые меры для обеспечения безопасности этих лиц».

Хотя это положение не рассматривает передачу лиц от одного государства другому, оно тем не менее содержит важный гуманитарный принцип, в силу которого удерживающие власти несут определенную ответственность за задержанных лиц при их освобождении.

Эти существующие нормы гуманитарного права, применяемые к передаче, не мешают применять принцип невыдворения в соответствии с правом прав человека или правом беженцев. Действительно, в некоторых ситуациях, как заявил Международный суд, гуманитарное право является *lex specialis* по отношению к праву прав человека<sup>23</sup>. Это, в принципе, может быть случаем, когда, как представляется, гуманитарное право своим молчанием, то есть не запрещая определенного поведения, препятствует применению такого запрета в соответствии с правом прав человека. В этом отношении ограниченная сфера применения принципа невыдворения и других правовых норм, касающихся передачи в гуманитарном праве, не должна пониматься как квалифицированное умолчание в том смысле, что составители сознательно устранили возможность установления норм, предоставляющих больший объем защиты. Хотя гуманитарное право имеет дело с определенными аспектами передачи, в материалах подготовительной работы (*travaux préparatoires*) к принятию Женевских конвенций и Дополнительных протоколов нет ничего, указывающего на то, что составители рассматривали все ситуации, в которых передачи могли иметь место (такие как передачи другому государству во время немеждународного вооруженного конфликта), и намеренно отвергли применение принципа невыдворения, существующего в других источниках права. Не возникает никакого конфликта и между существующим набором норм в гуманитарном праве, с одной стороны, и правами человека или правом беженцев — с другой. Нормы гуманитарного права и нормы права прав человека или права беженцев являются, скорее, взаимодополнительными.

23 Международный суд (МС), Законность угрозы ядерным оружием или его применения, Консультативное заключение от 8 июля 1996 г., ч. 25; МС, Правовые последствия строительства стены на оккупированной палестинской территории, Консультативное заключение от 9 июля 2004 г., ч. 106.

Можно провести параллель между принципом невыдворения в праве беженцев и в праве прав человека. Верховный комиссар ООН по делам беженцев уже давно занимает ту позицию, что отсутствие защиты в соответствии с правом беженцев не мешает защите в соответствии с правом прав человека<sup>24</sup>. Иногда это называется защитой по принципу дополнительности<sup>25</sup>. Таким образом, в том, что касается принципа невыдворения, и принимая во внимание гуманитарное право как дополнительный свод норм, имеющий отношение к данной проблеме, три корпуса права предоставляют дополнительную защиту в рамках соответствующих сфер применения.

### Обязательства согласно принципу невыдворения

Сфера применения принципа невыдворения развивалась в юриспруденции и на практике в течение некоторого времени. Здесь мы рассмотрим только некоторые его аспекты.

Во-первых, он применяется по отношению к любым видам передачи, независимо от цели передачи с правовой точки зрения, будь то высылка, экстрадиция, возвращение, репатриация или что-то иное. Это четко установлено, как уже говорилось, формулировками статьи 33 (1) Конвенции о статусе беженцев 1951 г. («никоим образом»), а также широкими формулировками международного гуманитарного права и судебной практикой правозащитных органов. Более того, в соответствии как с гуманитарным правом, так и с правом прав человека решающим фактором является передача эффективного контроля от одного государства к другому. Это означает, что в соответствии с обеими отраслями права принцип невыдворения может воспрепятствовать передаче между государствами, даже если лицо остается на той же территории. Хотя это и не является ситуацией, изначально предполагаемой в соответствующих положениях, это единственное толкование, совместимое с самой целью и задачей принципа невы-

24 См.: Factum of the Intervenor, UNHCR, United Nations High Commissioner for Refugees, *Suresh v. the Minister of Citizenship and Immigration; the Attorney-General of Canada*, SCC No. 27790, reprinted in *International Journal of Refugee Law*, Vol. 14 (January 2002), p. 141, at para. 27: «Статья 3 (1) Конвенции против пыток имеет преимущество над статьей 33 (2) [Конвенции о статусе беженцев]»; Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, UNHCR, January 2007, para. 11.

25 О защите по принципу дополнительности см.: Goodwin-Gill and McAdam, примечание 3 выше, с. 285 и сл.; Jane McAdam, 'Complementary protection and beyond: How states deal with human rights protection', Working Paper No. 118, UNHCR, August 2005.

дворения. Действительно, иначе необходимость выполнить обязательства может быть обойдена путем передачи лица сначала, например, собственному посольству передающего государства или его военной базе в другой стране, а затем из посольства правительству этой страны. Путем простой формальности может быть подорван весь принцип.

Во-вторых, принцип невыдворения запрещает не только передачу стране, где лицу будет грозить преследование, дурное обращение или произвольное лишение жизни, но и так называемое вторичное выдворение, то есть передачу другому государству, откуда возможна передача третьему государству, где этому лицу будет грозить такая опасность<sup>26</sup>. Совершенно очевидно, что проверка должна осуществляться первой страной *ex ante*, и если нет опасности, которую можно предвидеть в то время, когда оно передает лицо другой стране, на нее нельзя возлагать ответственность, если это лицо впоследствии окажется передано третьему государству. Формальное требование того, чтобы передача осуществлялась согласно принципу невыдворения, только если лицо передается непосредственно на территорию, где оно подвергается опасности, может привести к тому, что в результате обязательство по этому принципу можно будет легко обойти. Запрет на вторичное выдворение означает, что, если задержанные передаются от одного участника коалиции другому (например, для того чтобы были общие места содержания под стражей или процедуры передачи), передающие силы должны удостовериться в том, что силы, которым они передают лицо, не передадут его позднее в третью страну в нарушение принципа невыдворения. Чтобы гарантировать, что не будет незаконного вторичного выдворения, некоторые соглашения о передаче содержат положения, запрещающие передачу из принимающего государства в третье государство.

В-третьих, принцип невыдворения может предотвратить передачу странам, где возможную угрозу представляют собой не только власти принимающего государства, но и негосударственные образования или отдельные лица, если принимающее государство не в состоянии или не желает предоставить защиту передаваемому лицу<sup>27</sup>. Это имеет

26 UNHCR, Note on the Principle of Non-Refoulement, 1 November 1997; UNHCR, Note on Diplomatic Assurances, August 2006, para. 8; Комитет по правам человека, Замечание общего порядка № 31, примечание 8 выше, ч. 12; Комитет против пыток, Замечание общего порядка № 1 относительно осуществления статьи 3 в контексте статьи 22, A/53/44, приложение IX, 21 ноября 1997 г., ч. 2 и 3; ECtHR, *T.I. v. the United Kingdom*, Appl 43844/98, Decision as to admissibility of 7 March 2000, p. 15; UNHCR EXCOM Conclusion No. 58 (XL), Problem of refugees and asylum-seekers who move in an irregular manner from a country in which they had already found protection, 1989, para. f (i); Lauterpacht and Bethlehem, примечание 1 выше, ч. 243.

27 ECtHR, *H.L.R. v. France*, Judgment of 29 April 1997, Reports 1997-II, para. 40; *D.v. The United Kingdom*, Judgment of 2 May 1997, Reports 1997-II, paras. 49–53; *Salah Sheekh v. The Netherlands*,

особое значение, если в некоторых местах после освобождения из-под стражи люди могут подвергнуться не только злоупотреблениям со стороны государственных властей, но и актам мести или преследованию со стороны других. В таких ситуациях имеет отношение к проблеме и статья 5 (4) Дополнительного протокола II, которая предусматривает, что безопасность задержанного лица должна быть обеспечена при его освобождении.

В-четвертых, важно подтвердить, что принцип невыдворения является абсолютным, с единственным исключением, предусматриваемым статьей 33 (2) Конвенции о статусе беженцев 1951 г. Ни одно из положений права прав человека или международного гуманитарного права<sup>28</sup> не допускает из него исключения. Поскольку этот принцип является производным от абсолютного запрета на пытки и жестокое, бесчеловечное или унижающее обращение и даже от самого права на жизнь, логично, что государства не могут ни при каких обстоятельствах избежать выполнения этих обязательств и подвергать людей опасности, передавая их другим государствам, где они могут стать жертвой дурного обращения.

В связи с политикой антитерроризма государства иногда ставят под вопрос абсолютный характер принципа невыдворения, заявляя, что он может вынудить их оставлять на своей территории осужденных или подозреваемых террористов<sup>29</sup>. Хотя это и законное опасение, оно не может превалировать над соображениями, которые лежат в основе этого принципа. Точно так же, как не существует причин, включая войну или любую другую чрезвычайную ситуацию, которые могут оправдать отступление от обязательств или ограничение абсолютного запрета на пытки или любой другой вид дурного обращения или произвольное лишение жизни, не может быть причин, которые оправдали бы передачу, в результате которой кто-то подвергнется опасности совершения

Judgment of 11 January 2007, para. 147. Комитету по правам человека еще не приходилось принимать решения конкретно по этому вопросу, но его общее заявление касательно запрета на передачу любого лица, которому грозит опасность причинения «невозполнимого вреда», не ограничивается нарушениями, совершенными представителями государства; Конвенция против пыток, с другой стороны, предусматривает только пытки, применяемые представителями государства или от его имени (но также и случаи, когда негосударственные образования осуществляют квазиправительственные функции: «Садик Шек Эльми против Австралии», Сообщение № 120/1998, от 14 мая 1999 г., UN Doc. CAT/C/22/D/120/1998, 25 мая 1999 г.).

28 Хотя статья 45 (4) Женевской конвенции IV исключает экстрадицию из своей сферы применения.

29 См.: 'Observations of the governments of Lithuania, Portugal, Slovakia and the United Kingdom intervening in the Application No. 25424/05', *Ramzy v. the Netherlands*, paras. 25–29, [www.redress.org/publications/GovernmentinterventionsinRamzy%20case](http://www.redress.org/publications/GovernmentinterventionsinRamzy%20case) 22 November.pdf (последнее посещение 17 июня 2008 г.).

таких нарушений. Это уже давно стало судебной практикой органов по правам человека<sup>30</sup>.

И наконец, важно подчеркнуть процессуальные обязанности государств, вытекающие из принципа невыдворения.

Государство, которое планирует передачу лица другому государству, должно выяснить, существует ли опасность нарушения его прав, независимо от того, выразило ли это лицо опасение или нет. Если будет сочтено, что опасность существует, лицо не должно передаваться. Для обеспечения того, что соответствующая оценка будет проведена добросовестно и что заинтересованное лицо будет должным образом выслушано, крайне важны процессуальные обязательства<sup>31</sup>. Хотя эти обязательства не содержатся в гуманитарном праве, и право прав человека, и право беженцев предусматривают, что лица, которых предстоит передать, имеют право оспорить решение о передаче в независимом и беспристрастном органе, то есть независимом от того учреждения, которое это решение принимало. Это процессуальное право основано на общих принципах права прав человека, включая право на возмещение и требование справедливого судебного рассмотрения<sup>32</sup>. Степень, до которой обоснованы опасения лица, которого могут пере-

- 30 Human Rights Committee, Concluding observations: Canada, UN Doc. CCPR/C/CAN/CO/5, 20 April 2006, para. 15; Комитет против пыток, «Тапиа Паес против Швеции», UN Doc. CAT/C/18/D/39/1996, 7 мая 1997 г., ч. 14.5; Комитет против пыток, Заключительные замечания: Канада, UN Doc. CAT/C/CR/34/CAN, 7 июля 2005 г., ч. 4 (a); ECtHR, *Chahal*, примечание 9 выше, ч. 80; *Saadi v. Italy*, Grand Chamber Judgment of 28 February 2008, para. 138. См. также: Rene Bruin and Kees Wouters, 'Terrorism and the non-derogability of non-refoulement', *International Journal of Refugee Law*, 15 (5) (2003).
- 31 Подробнее о процессуальном аспекте см.: Lauterpacht and Bethlehem, примечание 1 выше, ч. 159 и сл.; Гиллард, примечание 1 выше. В национальной судебной практике аналогичные требования предъявлялись в деле «*Suresh v. Canada*» (Министр по вопросам гражданства и иммиграции) (2002) ISCR. 3, 2002 500 1, paras 121–122 и «*Khouzam v. Attorney General of the United States and others*», Decision of the United States Court of Appeals for the Third Circuit, 5 December 2008, [www.aclo.org/immigrants/gen/37887lgl20081205.html](http://www.aclo.org/immigrants/gen/37887lgl20081205.html) (последнее посещение 6 декабря 2008 г.).
- 32 См.: МПППП, статьи 2 (3), 13; ЕКПЧ, статья 13; АКПЧ, статья 27; Протокол № 7 к ЕКПЧ, статья 1; Human Rights Committee, *Mansour Ahani v. Canada*, Communication No. 1051/2002, 15 June 2004, paras No. 6, No. 8, UN Doc. CCPR/C/80/D/1051/2002, paras 10.6–10.8; Комитет против пыток, «Ахмед Хуссейн Мустафа Камиль Агиза против Швеции», Сообщение № 233/2003, 24 мая 2005 г., UN Doc. CAT/C/34/D/233/2003, ч. 13.7; Комитет против пыток, Заключительные замечания: Австралия, UN Doc. CAT/C/AUS/CO/3, 22 мая 2008 г., ч. 17; Комитет против пыток, Выводы и рекомендации: Соединенные Штаты Америки, UN Doc. CAT/C/USA/CO/2, 25 июля 2006 г., ч. 20; ECtHR, *Chahal*, примечание 9 выше, ч. 151–152; Доклад Специального докладчика по вопросу о пытках, примечание 7 выше, ч. 29; Inter-American Commission on Human Rights, Decision of 28 October 2002, 'Extension of precautionary measures (N. 259) regarding detainees in Guantánamo Bay, Cuba', and Resolution No. 1/06 on 'Guantánamo Bay precautionary measures' of 28 July 2006, para. 4; см. также: Inter-American Commission on Human Rights, Report on Terrorism and Human Rights, 2002, para. 394.

дать, то есть существование опасности, должна быть оценена в каждом отдельном случае<sup>33</sup>.

Порог опасности, которую необходимо подвергнуть оценке, несколько различается в формулировках разных органов по правам человека, но эти формулировки не приводят на практике к существенной разнице. Как обобщили Бетлехем и Лаутерпахт, «самую полную формулировку определения порога в международной практике» можно представить как «обстоятельства, при которых могут быть продемонстрированы серьезные основания для предположения о том, что соответствующему лицу будет грозить реальная опасность подвергнуться пыткам или жестоким, бесчеловечным или унижающим достоинство видам обращения или наказания»<sup>34</sup>. Соединенные Штаты руководствовались другим стандартом доказательства в соответствии с Конвенцией против пыток, согласно которому применение пыток должно быть «более вероятным, нежели нет»<sup>35</sup>. Однако этот стандарт не поддерживается формулировкой статьи 3 Конвенции против пыток, в которой говорится: «...если существуют серьезные основания полагать, что ему может угрожать там применение пыток». Слова «серьезные основания» означают, что должно быть соответствующее доказательное основание для вывода о том, что опасность существует. Более того, нельзя приравнивать опасность к вероятности. По словам Апелляционного суда Великобритании, «реальная опасность» — это больше, чем просто возможность, но иногда меньше, чем равновесие возможностей, или более вероятно, чем нет»<sup>36</sup>.

Хотя ни право прав человека, ни право беженцев не требуют того, чтобы орган, занимающийся рассмотрением этого вопроса, был судом, из общих принципов права прав человек, особенно права на возмещение ущерба и гарантий справедливого слушания дела, следует, что целый ряд минимальных процессуальных гарантий должны соблюдаться, для того чтобы средство защиты права было эффективным. Таким образом, власти должны своевременно информировать

33 Это недавно подтвердил Руководящий комитет по правам человека Совета Европы (CDDH), Group of Specialists in Human Rights and the Fight against Terrorism (DH-S-TER), 'Meeting Report, 1st Meeting', Strasbourg, 7–9 December 2005, DH-S-TER (2005)018, and 'Meeting Report, 2nd Meeting', Strasbourg, 29–31 March 2006, DH-S-TER(2006)005.

34 Lauterpacht and Bethlehem, примечание 1 выше, ч. 249, ссылки на случаи из практики см.: ч. 245–248.

35 Оговорки Соединенных Штатов Америки при ратификации Конвенции против пыток ([www.ohchr.org/english/bodies/ratification](http://www.ohchr.org/english/bodies/ratification) (последнее посещение 9 декабря 2008 г.)).

36 England and Wales Court of Appeal, *AS & DD (Lybia) v. Secretary of State for the Home Department*, [2008] EWCA Civ 289, para. 60.



соответствующее лицо о предполагаемой передаче, и это лицо должно иметь возможность обратиться в соответствующий орган, для того чтобы выразить любые опасения относительно возможного преследования или существования опасности для его жизни и здоровья после передачи. Это также означает, что информация, предоставляемая лицу, дает ему возможность принять обоснованное решение. Ему должна быть предоставлена правовая консультация<sup>37</sup>. Во время рассмотрения дела передача не должна производиться, поскольку иначе принцип невыдворения будет серьезно подорван, учитывая необратимый характер вреда<sup>38</sup>. В зависимости от того, какой применяется правовой режим, может возникнуть необходимость соблюдения дополнительных процессуальных гарантий. На практике многие страны имеют систему судебного рассмотрения вопросов о передаче.

## Передачи и роль МККК

В целом ряде случаев МККК посещал задержанных, которые опасаются, что в случае их освобождения или передачи они станут жертвами нарушения их прав человека или подвергнутся иной опасности, такой как акты мести, там, где они проживали. В таких ситуациях Комитет сообщает об опасениях соответствующего лица властям. В обязанности МККК не входит оценка того, оправданы ли и до какой степени оправданы эти опасения. Это должны сделать власти. Тем не менее, для того чтобы сообщить сведения о таких опасениях передающим властям, МККК часто просит провести беседу с задержанными лицами до их передачи.

Еще одним аспектом, вызывающим озабоченность МККК, является процедура передачи: МККК часто предлагает свои услуги для облегчения возвращения задержанных лиц, особенно военнопленных, на их родину. В этом отношении важно разъяснить, что если МККК опасается, что передача не будет соответствовать между-

37 Конвенция 1951 г. о статусе беженцев, статья 32 (2). Отсутствие консультации было одним из факторов, принятых во внимание Европейским судом по правам человека при оценке эффективности средств защиты в деле Чохала, примечание 9 выше, ч. 154.

38 См., например, ЕСПЧ дело «Джабари против Турции», Судебное решение от 11 октября 2000 г., ч. 50. Суд определил, что процедура определения статуса беженца, которая не приостановила депортацию и не дала возможности рассмотреть по существу дела заявление, нарушила статью 13 Конвенции (право на правовую защиту); Комитет против пыток, Заключительные замечания: Австралия, примечание 32 выше, ч. 17; дополнительные ссылки на необходимость отложить передачу см.: Гиллард, примечание 1 выше.

народным правовым требованиям, он не сможет предложить своих услуг. Более того, в соответствии со своей общей политикой МККК оказывает помощь в возвращении только тем людям, которые хотят вернуться, то есть если они дали свое согласие на передачу на основе полной информации. Иначе это противоречило бы его гуманитарному мандату участвовать в деятельности, которая, даже будучи законной, может причинить вред соответствующему лицу. Таким образом, даже если передача является законной в соответствии с международным правом, МККК, в принципе, не будет оказывать никаких услуг по возвращению лиц против их воли.

### **Случаи передачи в контексте многонациональных операций**

Хотя передача лиц традиционно ассоциируется с передачей с территории одного государства в другое, все чаще происходит передача лиц во время проведения многонациональных операций. Это могут быть операции по оказанию помощи правительству государства, где они осуществляются, как например Международные силы содействия безопасности (ISAF) в Афганистане и Многонациональные силы в Ираке (МНС-И). Или же это миротворческие миссии, миссии по принуждению к миру или установлению мира<sup>39</sup> под эгидой Организации Объединенных Наций, осуществляемые государствами; они могут проводиться государствами и под эгидой региональных организаций, таких как НАТО или Европейский союз, которым также мандат вручается Организацией Объединенных Наций.

Во время таких операций лица может передавать одна из стран, предоставляющих контингент войск или полиции, другой; одна из этих стран — государству, на территории которого осуществляется операция. Или же передача происходит между Организацией Объединенных Наций, странами, предоставляющими контингент войск или полиции, региональными организациями и государством, на территории которого осуществляется операция.

Хотя сложность таких операций ставит множество действительно трудных практических вопросов, можно и важно разложить это сложное явление на составляющие части в соответствии с существующей международной правовой базой, чтобы политические и практи-

39 Описание различных форм многонациональных операций под эгидой ООН см.: United Nations Peacekeeping Operations, Principles and Guidelines, 'Annex 2', UN Department of Peacekeeping Operations, Department of Field Support, pp. 94 ff.

ческие решения можно было бы найти в ее рамках. Характер каждой подобной операции обуславливает правовые последствия для целого ряда вопросов, таких как мандат и основания для задержания, но это не имеет значения для соблюдения принципа невыдворения и других правовых препятствий для передачи, которые применимы во всех ситуациях в соответствии с правом беженцев, правом прав человека и (или) гуманитарного права<sup>40</sup>.

## Применение принципа невыдворения

Первый вопрос, который возникает в связи с этим, таков: может ли применяться принцип невыдворения в том виде, в котором он существует, по отношению к лицам, задержанным силами за границей. Это будет зависеть от применимого свода права.

В соответствии с международным гуманитарным правом, статья 12 Женевской конвенции III предоставляет военнопленным, где бы они ни содержались, защиту от передачи, а статья 45 Женевской конвенции IV аналогично предоставляет защиту любым лицам, которые являются иностранцами на территории стороны в конфликте. Статья 5 (4) Дополнительного протокола II применяется по отношению к задержанным во время немеждународного вооруженного конфликта, включая тех, кто удерживается стороной, участвующей в таком конфликте за границей.

Относительно права беженцев УВКБ занимает следующую позицию: принцип невыдворения «применяется всегда, когда государство осуществляет юрисдикцию, в том числе на границе, в открытом море или на территории другого государства»<sup>41</sup>. Решающий критерий для УВКБ заключается в том, находится ли лицо «под эффективным контролем и властью этого государства»<sup>42</sup>.

В том, что касается права прав человека, рассмотрение соответствующей сферы применения различных договоров по правам челове-

40 Единственным исключением, которое способно изменить обязательства по невыдворению, может быть резолюция Совета Безопасности, принятая в соответствии с главой VII Устава Организации Объединенных Наций, как это будет показано далее.

41 *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations*, примечание 24 выше, ч. 24, документ, в котором УВКБ четким образом дистанцировался от решения Верховного суда США в деле «*Sale, Acting Commissioner, Immigration and Naturalization Service, et al., Petitioners v. Haitian Centers Council, Inc., et al.*», 509 U.S. 155 (1993).

42 *Ibid.*, at para. 43.

ка не входит в задачи настоящей статьи<sup>43</sup>. Для наших целей достаточно вспомнить, что Международный суд обычно считал, что обязательства по правам человека применяются не только на территории страны, но и за границей<sup>44</sup>. Международные органы по правам человека полагают, что договоры по правам человека применяются всегда, когда государственные власти осуществляют общий контроль над территорией<sup>45</sup> или когда они осуществляют контроль над лицом<sup>46</sup>.

Таким образом, если страна удерживает лицо за границей и, следовательно, осуществляет над ним эффективный контроль, применяются право прав человека и вытекающий из него принцип невыдворения. Важно отметить, что этот контроль не зависит от такого формального требования, как официальное задержание. Эффективный контроль является решающим критерием для применения права прав

- 43 Более подробно об экстерриториальном применении договоров по правам человека см. статью в данном издании: *Дрёге, Кордула. Избирательное сближение? Права человека и гуманитарное право.*
- 44 МС, Ядерное оружие, примечание 23 выше, ч. 25; МС, Дело о строительстве стены, примечание 23 выше, ч. 106–111; Дело о вооруженной деятельности на территории Конго (ДРК против Уганды), Судебное решение от 19 декабря 2005 г., ч. 216.
- 45 МС, Дело о строительстве стены, примечание 23 выше, ч. 107–113; дело ДРК против Уганды, примечание 44 выше, ч. 215–220; Комитет по правам человека, Замечание общего порядка № 31, примечание 8 выше, ч. 10; Human Rights Committee, Comments of the Human Rights Committee: Cyprus, CCPR/C/79/Add.39, 3 August 1994, para. 3; Human Rights Committee, Concluding observations: Israel, UN Doc. CCPR/CO/78/ISR, 21 August 2003, para. 11; ECtHR, *Loizidou v. Turkey* (Preliminary Objections), Judgment of 23 March 1995, Series A 310, para. 62; *Cyprus v. Turkey*, Judgment of 10 May 2001, Reports 2001-IV, para. 77; *Bankovic & Others v. Belgium and 16 Other Contracting States*, Application No. 52207/99, admissibility decision [GC], 12 December 2001, para. 70.
- 46 Human Rights Committee, *López Burgos v. Uruguay*, UN Doc. CCPR/C/13/D/52/1979, 29 July 1981, para. 12.3; *Celiberti v. Uruguay*, UN Doc. CCPR/C/13/D/56/1979, 29 July 1981, para. 10.3; Комитет против пыток, Выводы и рекомендации: Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии, подвластные Британской Короне территории и зависимые заморские территории, примечание 5 выше, ч. 4 (b); Комитет против пыток, Выводы и рекомендации: Соединенные Штаты Америки, примечание 32 выше, ч. 15 и 20. Аргументы Соединенных Штатов см.: Ответ Соединенных Штатов на Перечень вопросов, которые надлежит затронуть при рассмотрении второго периодического доклада Соединенных Штатов Америки, UN Doc. CAT/C/USA/Q/2, 26 апреля 2006 г., с. 33–7; ECtHR, *Ocalan*, примечание 13 выше, ч. 93; *Issa & others v. Turkey*, Judgment of 16 November 2004, para. 71; Inter-American Commission on Human Rights, *Coard v. the United States*, Case 10.951, Report No. 109/99, 29 September 1999, para. 37; UK House of Lords, *Al-Skeini and others v. Secretary of State for Defence*, [2007] UKHL 26. В недавнем судебном решении Федеральный суд Канады отклонил применимость Канадской хартии прав и свобод человека в отношении лиц, содержащихся под стражей канадскими силами в Афганистане, но определил, что международное право все-таки применяется по отношению к таким лицам. Он не сделал никаких заявлений относительно применимости конкретных международных договоров по правам человека: Federal Court of Canada, *Amnesty International Canada and British Columbia Civil Liberties Association v. Chief of the Defence Staff for the Canadian Forces, Minister of National Defense and Attorney-General of Canada*, Judgment of 12 March 2008, 2008 FC 336.

человека, потому что это фактический критерий, который делает возможным обязать государственные власти взять на себя ответственность за уважение прав человека. Не имеет значения, как долго продолжается лишение свободы и как оно обозначено официально (арест, garde à vue, задержание, временное задержание и т. д.). Принцип невыдворения применяется в отношении как длительного, так и краткосрочного лишения свободы<sup>47</sup>. Следовательно, если передача имеет место сразу же после ареста или захвата лица или даже после его добровольной сдачи властям, сам по себе факт, что власти могут заставить это лицо перейти из-под контроля одного государства под контроль другого против его воли, свидетельствует о том, что власти осуществляют контроль над этим лицом<sup>48</sup>. В некоторых ситуациях силы, присутствующие в другой стране, не задерживают лицо в течение сколько-нибудь долгого времени, а передают его государству, на территории которого происходят события, сразу же после ареста или захвата. В этих случаях принцип невыдворения применяется в силу того факта, что передающие силы все-таки осуществляли достаточно эффективный контроль над лицом, для того чтобы передать его, сколь бы короток ни был срок этого контроля.

Как указывалось выше, принцип применяется и в ситуациях, когда лицо передается в рамках территории одного государства, но из-под эффективного контроля одного государства под эффективный контроль другого, например, если лицо, удерживаемое многонациональными силами, передают властям страны, где проводится операция. Существенный вопрос заключается в том, подвергается ли человек опасности, а не в том, пересекает ли он физическую границу<sup>49</sup>. Когда в ходе военной операции за границей государство или организация удерживает людей «от имени» государства, в котором она осуществляется, или по соглашению с ним, эта страна или организация тем не менее осуществляет эффективный контроль над ними и обладает властью для их передачи. В таких случаях принцип невыдворения применим<sup>50</sup>.

47 См.: МПГПП, статья 9 (1); ЕКПЧ, статья 5; Американская конвенция о правах человека, статья 7; Африканская хартия прав человека и народов, статья 6. Все эти статьи применяются к аресту и задержанию.

48 Danish Ministry of Foreign Affairs, 'Non-paper on legal framework and aspects of detention', *Copenhagen Conference: The Handling of Detainees in International Military Operations*, 11–12 October 2007, Denmark, p. 12: «Передача будет в основном означать, что принимающее государство берет на себя ответственность за задержанных».

49 Гиллард, примечание 1 выше; Lauterpacht and Bethlehem, примечание 1 выше, ч. 114.

50 Комитет против пыток, Выводы и рекомендации: Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии, примечание 5 выше, ч. 4 (b) и 5 (e). Соединенное Королевство отри-

Кто несет ответственность за передачу — международные организации и (или) государства, предоставляющие воинские контингенты?

В ходе многонациональных операций люди могут быть захвачены, задержаны или переданы силами стран, предоставляющих контингенты войск или полиции. Первый вопрос, который встает в случае такой передачи, заключается в том, кто же на законных основаниях осуществляет это действие, то есть кому его можно присвоить — организации, стране или и той и другой.

Во время операции, проводимой под эгидой международной организации (то есть Организации Объединенных Наций или региональной организации), за передачу отвечает эта организация, если она осуществляет эффективный контроль в отношении принимаемой меры<sup>51</sup>. Обычно это бывает, когда она осуществляет оперативный контроль и командные функции по отношению к передаче<sup>52</sup>. Это означает, что для каждой операции должна быть проанализирована фактическая ситуация, чтобы установить, кто в конечном итоге принимает решение о принятии данной меры.

Что касается Организации Объединенных Наций, то простое разрешение Совета Безопасности, данное государствам на осуществление операции (например, операции «Бирюза» в Руанде, ЮНОСОМ в Сомали<sup>53</sup>), не будет достаточным для того, чтобы присвоить Организации Объединенных Наций действия, совершенные воинскими контингентами этих стран. Например, в то время как резолюция

даст применимость статьи 3 Конвенции против пыток в отношении лиц, задержанных силами Великобритании в Ираке и Афганистане. См.: Комментарии правительства Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии относительно выводов и рекомендаций Комитета против пыток, CAT/C/GBR/CO/4/Add.1, 8 июня 2006 г, ч. 14. 2006, para. 14.

- 51 Ответственность международных организаций — комментарии и замечания международных организаций, A/CN.4/545, 25 июня 2004 г., pp. 18–19. См. также в деле Бехрами заявления государств, которые в основном ссылались на то, что соответствующим критерием является «эффективный общий контроль». ECtHR, *Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway*, Applications No. 71412/01 and 78166/01, Decision as to Admissibility [GC], paras 82, 98, 104, 113.
- 52 Административные и бюджетные аспекты финансирования операций Организации Объединенных Наций по поддержанию мира: Доклад Генерального секретаря, UN Doc. A/51/389, 20 сентября 1996 г., ч. 17–18; Ответ Секретариата ООН Комиссии международного права, UN Doc. A/CN.4/545, 25 июня 2004 г., с. 19–20; Ответственность международных организаций — комментарии и замечания, полученные от правительств и международных организаций, UN Doc. A/CN.4/556, 12 мая 2005 г.
- 53 Доклад Комиссии, созданной в соответствии с резолюцией 885 (1993 г.) Совета Безопасности для расследования вооруженных нападений на персонал ЮНОСОМ II, которые привели к жертвам в его составе, UN Doc. S/1994/653, 1994.

Совета Безопасности 1546 четким образом дала Многонациональным силам в Ираке разрешение на «интернирование в случае необходимости по настоятельным причинам безопасности», задержанные находятся под исключительным контролем не Организации Объединенных Наций, но Соединенных Штатов Америки и Соединенного Королевства, которые принимают решение о задержании, освобождении и передаче<sup>54</sup>. В случае с Международными силами содействия безопасности в Афганистане, например, решение о передаче принимается исключительно государствами, предоставляющими воинские контингенты, а не НАТО или Организацией Объединенных Наций. Это подтверждается тем фактом, что многие из этих стран заключили отдельные двусторонние соглашения о передаче с правительством Афганистана, которые содержат гарантии в отношении обращения с задержанными<sup>55</sup>.

Меры по передаче обычно присваиваются Организации Объединенных Наций, если миротворческие силы рассматриваются в качестве одного из ее вспомогательных органов (например, МООНК в Косово, Миссия ООН в Демократической Республике Конго)<sup>56</sup>. Однако на практике, даже когда миссии рассматриваются как такие вспомогательные органы, они тем не менее осуществляются воинскими контингентами государств, которые часто вмешиваются в оперативное командование ООН и отдают приказы своим силам, особенно если те отвечают за места содержания под стражей. В таких ситуациях содержание под стражей и передача могут присваиваться либо исключительно стране, предоставляющий воинский контингент, либо как этой стране, так и ООН или региональной организации, если обе осуществляют эффективный контроль.

В то время как вопрос о возможности двойного присвоения неполностью решен в теории<sup>57</sup>, в некоторых ситуациях это

54 *R (on the application of Al-Jedda) v. Secretary of State for Defence*, [2007] UKHL, para. 23.

55 См.: заявление полковника Стефана П. Ноона в деле *Amnesty International Canada*, примечание 46, ч. 33.

56 См.: «Agreements for settlement of claims in relation to damages suffered in the course of operations in Congo», *UN Treaty Series*, Vol. 535, p. 191, at p. 199; Административные и бюджетные аспекты финансирования операций Организации Объединенных Наций по поддержанию мира: Доклад Генерального секретаря, примечание 52 выше, ч. 7–8; письмо Юрисконсульта ООН директору Отдела кодификации от 3 февраля 2004 г., цитируемое во Втором докладе об ответственности международных организаций, подготовленном Специальным докладчиком г-ном Джорджио Гаем, UN Doc. A/CN.4/541, 2 апреля 2004 г., ч. 36.

57 О возможности двойного присвоения см.: Второй доклад об ответственности международных организаций, примечание 56 выше, ч. 6; «Agreements for settlement of claims: Congo»,



может быть наиболее подходящим толкованием с точки зрения права в связи с фактическими обстоятельствами дела. Как пишет Специальный докладчик об ответственности международных организаций Комиссии международного права, «важна не исключительность контроля, которым, например, Организация Объединенных Наций никогда не обладает в отношении национальных контингентов, а степень эффективного контроля. Это также оставило бы открытой возможность двойного присвоения некоторых видов поведения»<sup>58</sup>.

Международные органы по защите прав человека аналогично сконцентрировали внимание на продолжающемся контроле со стороны страны, предоставляющей воинский контингент, и считали, что последняя остается связана своими обязательствами в соответствии с правом прав человека, даже если она передает часть своих полномочий международной организации. Например, Комитет по правам человека постановил, что

«государство-участник обязано уважать и обеспечивать любому лицу, находящемуся в пределах компетенции или эффективного 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 поддержке или укреплению мира»<sup>59</sup>.

примечание 56; см. также позиции государств, о которых говорится в докладе г-на Гая, примечание 56 выше, ч. 44; представляется, что в деле Бехрами (Behrami, примечание 51 выше, ч. 135, 139) Европейский суд по правам человека проигнорировал возможность двойного присвоения.

- 58 Второй доклад об ответственности международных организаций, примечание 56 выше, ч. 48.
- 59 Комитет по правам человека, Замечание общего порядка № 31, примечание 8 выше, ч. 10; см. также: Комитет по правам человека, Заключительные замечания: Бельгия, UN Doc. CCPR/C/79/Add.99, 19 ноября 1998 г., ч. 14; Human Rights Committee, Concluding observations: Netherlands, UN Doc. CCPR/CO/72/NET, 27 August 2001, para. 8; Комитета по правам человека, Заключительные замечания: Бельгия, UN Doc. CCPR/CO/81/BEL, 12 августа 2004 г., ч. 6.

Хотя Европейский суд по правам человека принимает более сложный подход, он также продолжает считать, что государства несут ответственность за свое поведение при выполнении своих обязательств в качестве членов международных организаций. Он указывал в своей судебной практике, что государство не освобождается полностью от своих обязанностей в соответствии с Европейской конвенцией о правах человека, если оно передает свои суверенные полномочия международной организации. В деле о компании Босфорус Суд постановил, что следует исходить из того, что государство действует в соответствии с Европейской конвенцией о правах человека, если оно действует, выполняя юридические обязательства, вытекающие из его членства в организации, которая предоставляет защиту основным правам человека, равную защите, предоставляемой Европейской конвенцией<sup>60</sup>.

В недавних решениях по делам «Бехрами и Бехрами против Франции» и «Сарамати против Франции, Германии и Норвегии» Суд присвоил Организации Объединенных Наций задержание лиц национальными контингентами в рамках операций, проводимых силами НАТО (KFOR) в Косово, поскольку он определил, что эффективный контроль осуществлялся Организацией Объединенных Наций<sup>61</sup>. Хотя применение общих выводов Суда к фактам этого дела представляется несколько натянутым в его решении, важно то, что Европейский суд по правам человека принял подход, в соответствии с которым поведение в ходе многонациональной операции присваивается организации или государству, которые осуществляют эффективный контроль и командование. Поскольку Суд провел четкое различие между фактами дела Бехрами и фактами дела о компании Босфорус, следует предположить, что он продолжит свою судебную практику, касающуюся ответственности государств в соответствии с Европейской конвенцией, в случаях, когда поведение присваивается государству.

Вполне вероятно, что в будущем Суд будет достаточно строг при вынесении решений относительно поведения государств — участников Европейской конвенции о правах человека в соответствии с резолюцией Совета Безопасности во исполнение главы VII. Хотя это может соответствовать тому, что Устав имеет преимущественную силу над другими договорами, проблематичным остается вопрос о присвоении поведения, что регулируется исключительно фактическим наличием эффективного контроля.

60 ECtHR, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland*, Judgment of 30 June 2005, paras 149–158.

61 ECtHR, *Behrami*, примечание 51 выше, ч. 133–141.

Суммируя, можно сказать, что присвоение поведения в случае передачи лиц зависит от фактической оценки того, какая организация и (или) государство осуществляет эффективный контроль, и, как правило, это будет та организация или то государство, которые осуществляют оперативное командование и контроль. В любом случае либо страна, либо организация несут ответственность, а возможно, и та и другая. Следовательно, нет пробела в том, что касается обязательства уважать право беженцев, право прав человека и гуманитарное право.

### Юридическая ответственность международных организаций в отношении передачи лиц

Хотя принцип невыдворения был кодифицирован и развивался в контексте передач, осуществляемых государствами, несомненно, что Организация Объединенных Наций и региональные организации также связаны этим принципом, поскольку он относится к обычному праву<sup>62</sup>. Действительно, уже давно утвердился принцип, в соответствии с которым Организация Объединенных Наций и международные организации связаны нормами международного права в той степени, в какой выполняемые ими функции имеют отношение к таким нормам. Как постановил Международный суд в своем Консультативном заключении по делу о соглашении между ВОЗ и Египтом, «международные организации являются субъектами международного права и в качестве таковых связаны обязательствами, налагаемыми на них в соответствии с общими нормами международного права»<sup>63</sup>. Эти обязательства не выходят за границы мандата международной организации, то есть ее целей и функций, как они определены или обозначены в ее уставных документах и осуществляются на практике<sup>64</sup>.

62 Об обычном характере принципа невыдворения см.: Goodwin-Gill and McAdam, примечание 3 выше, с. 345–55; Lauterpacht and Bethlehem, примечание 1 выше, ч. 63; UNHCR, ‘The principle of nonrefoulement as a norm of customary international law: Response to the questions posed to UNHCR by the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany in Cases 2 BvR 1938/93, 2 BvR 1953/93, 2 BvR 1954/93’, 31 January 1994.

63 Международный суд, Толкование соглашения между ВОЗ и Египтом от 25 марта 1951 г., Консультативное заключение от 20 декабря 1980 г., ч. 37, [http://www.icj-cij.org/homepage/ru/files/sum\\_1948-1991.pdf](http://www.icj-cij.org/homepage/ru/files/sum_1948-1991.pdf).

64 Международный суд, Возмещение за увечья, понесенные на службе Организации Объединенных Наций, Консультативное заключение от 11 апреля 1949 г., [http://www.icj-cij.org/homepage/ru/files/sum\\_1948-1991.pdf](http://www.icj-cij.org/homepage/ru/files/sum_1948-1991.pdf).

Такие международные организации, как Организация Объединенных Наций или Европейский союз, осуществляют задержание и передачи задержанных; эта деятельность может повлиять на права соответствующих лиц в соответствии с гуманитарным правом, правом прав человека и правом беженцев. Поскольку обязательства, вытекающие из этих отраслей права, являются частью обычного права, такие организации должны их соблюдать.

Кроме обязанностей, возникающих в связи с непосредственным присвоением им поведения, международные организации связаны обязательством *обеспечивать соблюдение* международного гуманитарного права<sup>65</sup>. Таким образом, если многонациональная операция проводится под эгидой международной организации, эта организация может принять меры к тому, чтобы предотвратить нарушения международного гуманитарного права, совершаемые государством, или положить им конец. В таких случаях она должна использовать свое влияние, насколько это возможно в рамках ее отношений с соответствующим государством.

Разнообразие международных обязательств и разные возможности стран, предоставляющих контингенты: возникающие трудности

Иногда утверждается, что принцип невыдворения, имеющий различные правовые основания, не может применяться к многонациональным операциям, поскольку он опирается на слишком многие и разные своды права; что его невозможно соблюдать, если различные страны, предоставляющие контингенты, имеют разные обязательства, особенно в соответствии с региональными договорами по правам человека<sup>66</sup>.

Действительно, разнообразие правовых обязательств может вызвать целый ряд практических проблем и привести к нелепой ситуации, когда разные лица в одной и той же стране, где осуществляется операция, могут находиться под защитой различных правовых обязательств. Но это соображение не может ставить под вопрос правовые нормы. С точки зрения права положение не изменяется: государства не могут освободить себя от обязательств в соответствии с междуна-

65 См. статью 1, общую для Женевских конвенций 1949 г.; МС, Дело о строительстве стены, примечание 23 выше, ч. 159, 160.

66 Представляется, что это соображение лежало в основе решения по делу Бехрами, примечание 51 выше, где оно выдвигалось и государствами (ч. 90, 101, 111, 115); оно играло важную роль и в деле Amnesty International Canada, примечание 46 выше, ч. 274.

родным правом, присоединяясь к международным организациям или предоставляя контингенты для многонациональной операции. В той степени, в какой государства осуществляют эффективный контроль над лицом, поскольку они производят его передачу, на них лежат обязательства, вытекающие из факта осуществления контроля. Эта правовая позиция не является нереалистичной ввиду существующей практики во время многонациональных операций; напротив, обычной практикой государств, предоставляющих воинские контингенты, является соблюдение норм, которые находятся выше общего знаменателя, в силу либо юридических положений, либо политических соображений. Например, европейские страны и Организация Объединенных Наций традиционно придерживаются политики не передавать лиц стране, в которой им грозит смертная казнь, даже если другие страны могут сделать это. Другим примером служит решение правительства Канады приостановить передачи на какое-то время из-за опасений относительно обращения с этими лицами после передачи<sup>67</sup>. Тем не менее совершенно очевидно, что по практическим соображениям логичности и согласованности действий государства, предоставляющие воинские контингенты, хотели бы иметь единый стандарт и четкое понимание этого стандарта.

Резолюции Совета Безопасности, принятые в соответствии с главой VII Устава ООН

Один из вопросов, который может возникнуть в рамках многосторонних операций, проводимых в соответствии с главой VII Устава, заключается в том, будут ли передачи во время таких операций также регулироваться принципом невыдворения и другими соответствующими правовыми нормами. Или обязательствами, вытекающими из принципа невыдворения, можно пренебречь во время операций, проводимых с санкции Совета Безопасности или по его поручению?

Можно провести параллель с решением Европейского суда по правам человека в делах Бехрами. Суд заявил, что

«Конвенцию нельзя толковать таким образом, что действия и упущения Договаривающихся сторон, о которых говорится в резолюциях СБ ООН и которые имеют место до или во время таких миссий, подлежат рассмотрению Судом. Такая интерпре-

67 О прекращении передачи лиц Канадой афганскому правительству см.: *Amnesty International Canada*, примечание 46 выше, ч. 61.

тация помешала бы выполнению основной миссии ООН в этой области, включая... эффективное проведение операций»<sup>68</sup>.

В отношении передачи правительству Афганистана лиц, удерживаемых воинскими контингентами в составе Международных сил содействия безопасности (ISAF), в том же ключе высказывалось следующее мнение: «Толковать обязательства по правам человека одного государства как препятствие для передачи правительству Афганистана задержанных лиц, взятых в плен в Афганистане и удерживаемых там, означало бы свести на нет попытку добиться осуществления целей резолюций, учреждающих ISAF и определяющих их мандат»<sup>69</sup>.

Действительно в судебной практике<sup>70</sup>, государствами<sup>71</sup> и частично в доктрине<sup>72</sup> широко принято, что Совет Безопасности не обязан

68 Ibid., ч. 149.

69 Christopher Greenwood, *International Law Framework for the Treatment of Persons detained in Afghanistan by Canadian Forces*, Report submitted to the Federal Court of Canada in the case of *Amnesty International Canada*, примечание 46 выше, ч. 33.

70 ICJ, *Orders of 14 April 1992 (provisional measures), Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America and Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*, ICJ Reports 1992, p. 16, para. 42 and p. 113, para. 39; European Court of First Instance, *Yassin Abdullah Kadi v. Council of the European Union and Commission of the European Communities*, Judgment of 25 September 2005, *Official Journal C/281/17*, para. 181; *Ahmed Ali Yusuf and Al Barakaat International Foundation v. Council of the European Union and Commission of the European Communities*, Case T-306/01, Judgment of 25 September 2005, *Official Journal C/281/17*, paras. 233, 234; ECtHR, *Behrami*, примечание 51 выше, ч. 149; *Al-Jedda* (UKHL), примечание 54 выше. Однако в деле Аль-Джедды большинство в Палате лордов не считали, что статья 5 ЕКПЧ не должна соблюдаться в полном объеме, но полагали, что ее положения подлежат ограничениям (Ibid., paras 39, 125, 126, 136).

71 См., в частности, аргументацию государств в деле Бехрамы, примечание 51 выше, ч. 97 (Дания), 102 (Эстония), 106 (Германия), 113 (Соединенное Королевство); аргументация Соединенного Королевства в Европейском суде первой инстанции, *Yassin Abdullah Kadi*, примечание 70 выше, ч. 177.

72 Jochen Frowein and Nico Krisch, «Commentary to Article 42», in B. Simma (ed.), *The Charter of the United Nations*, 2nd edn, 2002, para. 27; Marten Zwanenburg, 'Existentialism in Iraq: Security Council Resolution 1483 and the law of occupation', *International Review of the Red Cross*, Vol. 86 (856) (December 2004), p. 763; Steven R. Ratner, 'Foreign occupation and international territorial administration: the challenges of convergence', *European Journal of International Law*, Vol. 16 (2005), p. 710. Целый ряд авторов подходит к этому вопросу более дифференцированно и считает, что Совет Безопасности должен быть связан, по крайней мере, некоторыми частями этих отраслей права: Marco Sassòli, 'Legislation and maintenance of public order and civil life by occupying powers', *European Journal of International Law*, Vol. 16 (2005), p. 661 (Сассоли пишет, что любое отступление Совета Безопасности от обязательств по международному гуманитарному праву должно быть явным образом обозначено, p. 681); Robert Kolb, 'Occupation in Iraq since 2003 and the powers of the Security Council', *International Review of the Red Cross*, Vol. 90 (869) (March 2008), p. 29, at p. 33, Роберт Кольб устанавливает предел для норм «гуманитарного характера по своей сути»; Луиджи Кондорелли считает, что Совет Безопасности должен уважать международное гуманитарное право в полном объеме: «Le statut des Forces des Nations Unies et le droit international humanitaire», in Claude Emanuelli (ed.), *Les Casques bleus: Policiers ou Combattants?*, 1997, p. 89, at pp. 105–6.

соблюдать все обязательства по международному праву за исключением самого Устава ООН. Если многонациональная операция осуществляется согласно резолюции Совета Безопасности, принятой в соответствии с главой VII Устава, обязательства государств-членов, вытекающие из этой резолюции, могут иметь преимущественную силу над большинством обязательств по международному праву, включая гуманитарное право и право прав человека, в силу статей 25 и 103 Устава<sup>73</sup>. В принципе, это включает не только договорное гуманитарное право и право прав человека, о чем говорят формулировки статьи 103, но и обычное право<sup>74</sup>.

Однако необходимо принять во внимание два соображения, с точки зрения права, при рассмотрении воздействия резолюций, принятых в соответствии с главой VII.

Первое заключается в том, что резолюции в соответствии с главой VII не могут заменить императивные нормы международного права (*jus cogens*)<sup>75</sup>. Хотя не все аспекты принципа невыдворения могут рассматриваться как *jus cogens*, можно выдвинуть аргумент, что, по крайней мере в той степени, в какой принцип невыдворения является неотъемлемой частью запрета на применение пыток, он попадает под запрет на пытки, содержащийся в *jus cogens*<sup>76</sup>. Высказывалось также мнение, что запрет на выдворение в праве беженцев является *jus cogens*<sup>77</sup>.

- 73 Поскольку статьи 40 и 42 Устава упоминают необходимые меры, есть некоторое указание на то, что Совет Безопасности должен руководствоваться принципом соразмерности. Однако Устав оставляет такую свободу действий Совету Безопасности при осуществлении его функций, что только меры, которые явным образом несоразмерны преследуемым целям, противоречат бы Уставу. См.: Frowein and Krisch, примечание 72 выше, ч. 30; Kolb, примечание 72 выше, с. 35.
- 74 Rudolf Bernhard, 'Commentary to Article 103', in Simma, примечание 72 выше, ч. 21.
- 75 См.: Венская конвенция о праве договоров, статьи 5, 53 и 64; European Court of First Instance, *Yassin Abdullah Kadi*, примечание 70 выше, ч. 226 (заметьте, что, как представляется, ЕС довольно широко понимает содержание *jus cogens* в отношении обязательств по правам человека, см. ч. 231, 282 того же самого судебного решения); Separate Opinion of Judge Lauterpacht in the Case concerning the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Provisional Measures, Order of 13 September 1993, ICJ Reports 1993, p. 440, para. 100; Frowein and Krisch, примечание 72 выше, ч. 29; Kolb, примечание 72 выше, с. 35.
- 76 См.: UNHCR, Note on Diplomatic Assurances, August 2006, примечание 26 выше, ч. 16; International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), *Prosecutor v. Anto Furundzija*, Case IT-95-17/1, Trial Chamber II, Judgment of 10 December 1998, para. 144; следует отметить, что Европейский суд первой инстанции, кажется, согласен с тем, что запрет на бесчеловечное или унижающее достоинство обращение является *jus cogens*: European Court of First Instance, *Yassin Abdullah Kadi*, примечание 70 выше, ч. 240.
- 77 UNHCR, Executive Committee, Conclusion No. 25, General conclusion on international protection, 1982, para. (b); Conclusion No. 79, General conclusion on international protection, 1996, para. (d); Cartagena Declaration on Refugees, para. 5; Jean Allain, 'The *jus cogens* nature of non-refoulement', *International Journal of Refugee Law*, Vol. 13 (2001), p. 533.



Во-вторых, хотя считается, что Совет Безопасности неполностью связан международным правом в целом, также понятно, что поскольку содействие соблюдению прав человека является одной из целей и принципов ООН<sup>78</sup>, абсолютное пренебрежение правом прав человека и гуманитарным правом нарушило бы Устав, поскольку Совет Безопасности призван осуществлять свои полномочия в соответствии с целями и принципами Организации Объединенных Наций<sup>79</sup>. Действительно, Совет Безопасности иногда определял, что нарушения этих сводов права представляют собой угрозу международному миру и безопасности и в многочисленных резолюциях призывал к их соблюдению<sup>80</sup>.

Совсем не ясно, до какой степени резолюции Совета Безопасности должны быть четкими и недвусмысленными, для того чтобы заменить международное право. Например, если бы Совет Безопасности четко приказал передать лиц стране, где происходят события, не оставив никакой свободы действий в этом вопросе странам, предоставившим воинские контингенты, это могло бы отменить принцип невыдворения, за исключением его аспекта *jus cogens*. Но резолюции Совета Безопасности, будучи результатом политических компромиссов, обычно формулируются очень широко. Как правило, они содержат такие выражения, как «принять все необходимые меры». Даже если резолюция дает более четкие указания, как, например, резолюция 1546, которая разрешает «интернирование, когда это настоятельно необходимо по соображениям безопасности» для МНС-И в Ираке, указания на то, как эти меры должны осуществляться, отсутствуют. Поэтому следует предположить, что государства-члены будут принимать эти меры в соответствии с действующим международным правом, если не будет других указаний<sup>81</sup>. Противоположное предположение, то есть что в случае сомнений международное право может быть нарушено, было бы невероятным.

78 Устав, статья 1 (3).

79 *Ibid.*, статья 24 (2); Frowein and Krisch, примечание 72 выше, ч. 28; Kolb, примечание 72 выше, с. 35.

80 Frowein and Krisch, примечание 72 выше, с. 724–5, с ссылками.

81 Совет Безопасности четко упомянул статью 103 в резолюции 670 от 25 сентября 1990 г., напоянив положения статьи 103 Устава и «постанов[ив], что все государства, независимо от существования любых прав или обязательств, предоставляемых или налагаемых в силу любого международного соглашения...». Совет Безопасности впоследствии подтвердил преимущественную силу своих решений во многих резолюциях. См.: Jean-Marc Thouvenin, 'Commentaire à l'article 103', in Jean-Pierre Cot, Alain Pellet and Mathias Forteau (eds.), *La Charte des Nations Unies*, 3rd edn, 2005, p. 2144.

Таким образом, если резолюция Совета Безопасности разрешает «все необходимые меры», особенно принимаемые в поддержку страны, где осуществляется операция, это может интерпретироваться как не только применение силы, но и задержание или интернирование, а также передачи лиц этой стране. Однако резолюция никоим образом не определит, какие правовые основания должны регулировать такое применение силы, содержание под стражей или передачу. Следует предположить, что такие меры будут осуществляться в соответствии с международным правом, если четким образом не указано иное или если формулировка не является недвусмысленной и не может на разумных основаниях толковаться как требующая отмены действующего международного права.

Если пойти дальше, то Европейский суд утверждал в контексте мер, принимаемых согласно резолюциям Совета Безопасности, принятым в соответствии с главой VII, что в отношении действий Европейского сообщества «уважение прав человека является условием законности действий Сообщества и что меры, несовместимые с уважением прав человека, не приемлемы в Сообществе»<sup>82</sup>. Таким образом, с точки зрения права Европейского сообщества, даже при принятии мер в соответствии с главой VII, должно соблюдаться европейское право прав человека.

Нет необходимости говорить о том, что хотя Совет Безопасности не связан всеми нормами гуманитарного права и права прав человека, основные гуманитарные принципы и принципы прав человека будут требовать того, чтобы операции, осуществляемые по мандату Совета Безопасности, проводились в соответствии с нормами этих отраслей права.

### Позиция МККК в отношении вмешательства в многонациональные операции

По мнению МККК необходимо подчеркнуть, что присвоение поведения с точки зрения права — не единственный соответствующий критерий для его гуманитарного диалога с властями. МККК может уведомить несколько органов власти о своей обеспокоенности в отношении передач лиц, причем не только той власти, которая в конечном итоге несет юридическую ответственность в соответствии с международным правом.

82 European Court of Justice (Grand Chamber), *Yassin Abdullah Kadi v. Council of the European Union and Commission of the European Communities*, Joint cases C-402/05 P and C-415/05 P, Judgment of 3 September 2008, para. 284.

В принципе, сначала он делает представление на двусторонней основе тому органу власти, который непосредственно осуществляет контроль над соответствующими лицами (то есть тюремной администрации), и, в зависимости от случая или типа нарушения, на разных уровнях власти<sup>83</sup>. Устанавливая конфиденциальный диалог со сторонами в конфликте, МККК определяет уровень органа власти, с которым он будет контактировать, в зависимости от того, где он видит возможность предотвратить противоправное или опасное поведение либо положить ему конец. Если в контексте многонациональных операций общая юридическая ответственность лежит на международной организации, МККК может, например, вести диалог как с удерживающими и передающими властями страны, предоставляющей воинский контингент, так и с руководством Организации Объединенных Наций или региональной организации, от имени которой страна осуществляет передачу или которой присваивается в конечном итоге решение о передаче.

Если МККК не в состоянии улучшить ситуацию посредством двусторонних конфиденциальных представлений, он может, в соответствии с принципами и стандартами, которые определяют его деятельность, прибегнуть к гуманитарной мобилизации. Он действует так на основании статьи 1, общей для Женевских конвенций, в которой закрепляется обязательство всех государств соблюдать и обеспечивать соблюдение Конвенций. В этом случае он может поделиться своей озабоченностью относительно нарушений права с правительствами третьих стран, международными или региональными организациями или с лицами, которые в состоянии оказать ему поддержку в попытках повлиять на поведение сторон в конфликте. Однако МККК предпринимает такие шаги, только если у него есть все основания считать, что третьи стороны, к которым он обращается, будут соблюдать конфиденциальность его представлений.

## Соглашения о передаче

Если лица подозреваются в преступной деятельности или осуждены за таковую, особенно за террористическую деятельность, государства имеют очень высокую степень мотивации для высылки таких лиц со своей территории. Поскольку их обязательства в соответствии с принци-

83 *Действия Международного Комитета Красного Креста в случае нарушений международного гуманитарного права или других основополагающих норм, касающихся защиты лиц в ситуациях насилия // Международный журнал Красного Креста. 2005. Том 87, № 858, июнь. С. 211.*

пом невыдворения могут помешать такой высылке, многие государства прибегают к заключению соглашений с принимающими государствами, которые дают гарантии должного обращения с передаваемыми лицами<sup>84</sup>. Эти соглашения могут принимать различную форму и быть как обязательными, так и необязательными, их часто называют дипломатическими гарантиями, они предназначены обеспечить обращение с передаваемыми лицами в соответствии с международными стандартами.

Такие соглашения заключаются потому, что государства не могут содержать людей под стражей в течение неопределенно долгого времени или вовсе не могут удерживать их в соответствии со своим национальным правом по соображениям безопасности или считая, что они представляют собой угрозу для национальной безопасности<sup>85</sup>. Иногда государства принимают альтернативные решения, такие как передача третьим странам<sup>86</sup>. Однако задача найти страну, которая согласилась бы принять таких лиц, является не из легких.

- 84 Это стало предметом широкой дискуссии: см.: John B. Bellinger, Legal Advisor to the Secretary of State before the House Foreign Affairs Subcommittee on International Organizations, Human Rights, and Oversight, Diplomatic Assurances, 'Statement of the honorable John B. Bellinger, III, Legal Adviser, U.S. Department of States', 10 June 2008; Kate Jones, 'Deportations with assurances: Addressing key criticisms', *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 57 (2007), p. 183, with further references at p. 184 on assurances entered by the United Kingdom; High Commissioner for Human Rights, Human Rights Day Statement, 'On Terrorists and torturers', 7 December 2005, [www.unhchr.ch/hurricane/hurricane.nsf/0/3B9B202D5A6DCDBCC12570D00034CF83?opendocument](http://www.unhchr.ch/hurricane/hurricane.nsf/0/3B9B202D5A6DCDBCC12570D00034CF83?opendocument) (последнее посещение 20 октября 2008 г.); Защита прав человека и основных свобод в условиях борьбы с терроризмом. Доклад Верховного комиссара по правам человека, UN Doc. E/CN.4/2006/94, 16 февраля 2006 г., ч. 9–10, 18–20; Доклад Специального докладчика по вопросу о пытках, примечание 7 выше, ч. 29–30; Доклад независимого эксперта Роберта К. Голдмана по вопросу о защите прав человека и основных свобод в условиях борьбы с терроризмом, UN Doc. E/CN.4/2005/103, 7 февраля 2005 г., ч. 54–56. См. также: Human Rights Committee, Concluding observations: Yemen, UN Doc. CCPR/CO/84/YEM, 9 August 2005, para. 13; Human Rights Committee, Concluding observations: Canada, UN Doc. CCPR/C/CAN/CO/5, примечание 30 выше, ч. 15; Human Rights Committee, Concluding observations: United Kingdom, UN Doc. CCPR/C/GBR/CO/6, 30 July 2008, para. 12; Replies to the list of issues by the United Kingdom, UN Doc. CCPR/C/GBR/Q/6/Add.1, 18 June 2008, paras 84–97; Committee Against Torture, Concluding observations: Canada, UN Doc. AT/C/CR/34/CAN, примечание 30 выше, ч. 4 (b), 5 (e); Комитет против пыток, Выводы и рекомендации: Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии, примечание 5 выше, ч. 4 (d); Human Rights Watch, *Empty Promises: Diplomatic Assurances no Safeguard against Torture*, April 2004; Human Rights Watch, *Still at Risk, Diplomatic Assurances no Safeguard against Torture*, April 2005; Center for Human Rights and Global Justice, NYU Law, *Torture by Proxy: International and Domestic Law applicable to 'Extraordinary Renditions'*, 2004; Center for Human Rights and Global Justice, NYU Law, *Beyond Guantanamo: Transfers to Torture One Year After Rasul v. Bush*, January 2005; Amnesty International, *Afghanistan — Detainees Transferred to Torture: ISAF Complicity?*, November 2007, ASA 11/011/2007.
- 85 Это действительно вызывает беспокойство в рамках некоторых режимов иммиграции. См.: Комитет против пыток, Заключительные замечания: Австралия, примечание 32 выше, ч. 11 (b).
- 86 Попытки получить разрешение на въезд в третью страну на законных основаниях явно предусматриваются для беженцев, которых высылают по причинам безопасности, Конвенция о статусе беженцев 1951 г., статья 32 (3).

Аналогично соглашения о передаче становятся все более распространенной практикой во время многонациональных операций. В Афганистане, например, целый ряд членов ISAF заключили соглашения с правительством Афганистана о передаче задержанных лиц<sup>87</sup>. Среди выдвигаемых этими государствами причин есть и такая: они обязаны поддерживать правительство страны, где протекает операция, которое несет основную ответственность за поддержание правопорядка, и они не хотят посягать на его суверенитет<sup>88</sup>. Также в Афганистане политика НАТО, например, заключалась в том, чтобы в принципе передавать или освобождать задержанных лиц в течение 96 часов<sup>89</sup>. Другая, гораздо более практическая причина, заключается в том, что государства или международные организации могли и не иметь возможностей содержать лиц под стражей, как то и происходит в Афганистане, где у некоторых стран, предоставивших воинские контингенты ISAF, нет мест для содержания лиц под стражей. Однако эти соображения не имеют правовых оснований для того, чтобы считать недействующим принцип невыдворения в соответствии с международным правом. Совершенно очевидно, что если государства присутствуют в ситуации вооруженного конфликта, можно предвидеть, что им придется принимать лиц под свой эффективный контроль, и в этом случае они будут нести ответственность за благополучие этих лиц. Более того, можно осуществлять передачу лиц от одной страны, предоставляющей контингент для многонациональных сил, другой, если передающее государство убедится, что принимающее государство не будет нарушать свои обязательства в соответствии с принципом невыдворения или свои более широкие обязательства согласно статье 12 Женевской конвенции III или статье 45 Женевской конвенции IV в случаях международного вооруженного конфликта.

Однако верно и то, что обязательства по невыдворению порой становятся серьезной проблемой для государств, которые не могут

87 Такие соглашения о передаче лиц были заключены, например, между правительством Афганистана и правительствами Канады, Дании, Нидерландов, Норвегии и Соединенного Королевства.

88 См. аргументы канадского правительства в Федеральном суде Канады: *Amnesty International Canada*, примечание 46 выше, ч. 85. На этом основании Верховный суд Соединенных Штатов принял решение в деле «*Munaf et al. v. Green, Secretary of the Army et al.*» (12 June 2008, pp. 17–23), в котором американские граждане, удерживаемые силами США в Ираке, требовали защиты в соответствии с принципом habeas corpus, не желая передачи в систему правосудия Ирака. Верховный суд не принял это дело к рассмотрению, но, как представляется, оставил за лицами, которым может грозить опасность пыток, право на habeas corpus (pp. 24–5); см. также: Greenwood, примечание 69 выше, ч. 48, 61.

89 ISAF, 'Standard operating procedures: Detention of non-ISAF personnel', 31 August 2006, para. 7.

передавать лиц в их страны происхождения, но возможностей для надлежащего обращения с ними они не имеют. В таких ситуациях государства иногда находят альтернативные решения, например, продление временного содержания под стражей; освобождение отдельных лиц, которые не представляют собой серьезной опасности, осуществление надзора над ними и приказ регулярно являться в соответствующие органы; передача этих лиц третьим странам или передача в определенные места содержания под стражей, где этим лицам не грозит опасность, или избегание тех мест содержания под стражей, где лицу будет грозить опасность<sup>90</sup>.

### Соглашения о передаче лиц и международные обязательства

Соглашения о передаче лиц часто содержат некоторые механизмы, касающиеся действий после передачи и предназначенные для мониторинга за соблюдением соглашения. Например, в них могут быть положения о том, что дипломатические или консульские органы передающего государства или такие органы, как национальные комиссии по правам человека, имеют право посещать переданных лиц.

Соглашения о передаче лиц, *per se*, не освобождают страну от ее обязательств в соответствии с принципом невыдворения, в частности от обязательства в каждом конкретном случае убедиться в том, что передаваемое лицо не будет подвергаться опасности преследования, дурного обращения или произвольного лишения жизни. В ходе такой проверки у соответствующего лица должна быть возможность высказать свои опасения, которые необходимо выслушать<sup>91</sup>. Это не отличается от коллидирующих обязательств, возникающих, например, из принципа невыдворения и договоров о выдаче (экстрадиции). Также в таких ситуациях обязательство

90 С этим согласился Европейский суд по правам человека в деле *Al-Moayad v. Germany*, Appl. No. 35865/03, Decision of 20 February 2007, paras. 65–72.

91 В том, что касается права беженцев, см.: UNHCR, Note on Diplomatic Assurances, примечание 26 выше, ч 27, 36; по мнению УВКБ «дипломатические гарантии не должны приниматься во внимание, если беженца, который пользуется защитой в соответствии со статьей 33 (1) Конвенции 1951 г., высылают непосредственно или опосредованно в страну его происхождения или прежнюю страну постоянного места жительства» (ч. 30); ECtHR, *Saadi*, примечание 30 выше, ч. 148; Важность рассмотрения каждого конкретного случая была наиболее четко подтверждена Руководящим комитетом по правам человека Совета Европы (примечание 33 выше), заявившим, что «дипломатические гарантии не являются альтернативой полноценной оценке опасности», которая должна проводиться «в каждом конкретном случае». См. также: *Khouzam v. Attorney General of the United States* (примечание 31 выше).

передать, вытекающее из договора о выдаче, лишается юридическо-го действия принципом невыдворения<sup>92</sup>. Как уже говорилось, принцип невыдворения является абсолютным<sup>93</sup>, и государства не могут освободить себя от выполнения его требований, заключив другие соглашения.

Любые дипломатические гарантии — это только один из многих имеющих отношение к делу факторов, которые надлежит принимать во внимание при оценке того, оправданы ли и до какой степени опасения соответствующего лица<sup>94</sup>. Решая вопрос о том, насколько необходимо принять во внимание соглашение, орган, занимающийся рассмотрением этой проблемы, должен руководствоваться мнением, принятым в различных правозащитных и других органах, а именно:

- в случаях передачи государствам, где систематически практикуется применение пыток, гарантии вряд ли ликвидируют эту опасность<sup>95</sup>;
- общие гарантии того, что принимающее государство будет соблюдать международные стандарты при отсутствии гарантий в отно-

92 ECtHR, *Soering*, примечание 9 выше, ч. 86.

93 За исключением статьи 33 (2) Конвенции о статусе беженцев 1951 г.

94 Вопрос о том, может ли суд рассматривать опасность и, особенно, снижение уровня опасности благодаря дипломатическим гарантиям, обсуждался подробно в деле *AS & DD (Libya) v. the Secretary of State for the Home Department* ([2008] EWCA Civ 289), ответ был положительный; действие соглашения о передаче лиц анализируется также в документе: Special Immigration Appeals Commission, *Omar Othman v. Secretary of State for the Home Department*, SC/15/2005, от 26 февраля 2007 г., ч. 490–527. ЕСПЧ всегда рассматривал надежность таких соглашений, как это было в делах *Chahal*, примечание 9 выше, ч. 105, и *Saadi*, примечание 30 выше, ч. 147. В Соединенных Штатах, с другой стороны, суды придерживаются того подхода, что исполнительная власть лучше может оценить опасность, как это вновь заявил Верховный суд в деле *Munaf et al. v. Green, Secretary of the Army et al.* (12 June 2008, p. 25). Правительство не предъявляет судам дипломатические гарантии, которые они получили от других правительств: John B. Bellinger, примечание 84 выше; Эшли Дикс (Ashley Deeks) утверждает, что судебное рассмотрение должно ограничиваться процессуальными аспектами и не затрагивать вопросов по существу: «Avoiding transfers to torture», Council on Foreign Relations Paper, CSR No. 35, June 2008, p. 38.

95 См.: Доклад Специального докладчика по вопросу о пытках, примечание 7 выше, ч. 37; Доклад Специального докладчика по вопросу о пытках, UN Doc. A/60/316, 30 августа 2005, ч. 51; Комитет против пыток, Выводы и рекомендации: Соединенные Штаты Америки, примечание 32 выше, ч. 21; Human Rights Committee, Concluding observations: United States of America, CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, 18 December 2006, para. 16; Concluding observations: United Kingdom, примечание 84 выше, ч. 12. Критерий систематических нарушений не является новым в оценке опасности согласно принципу невыдворения: в соответствии со статьей 3 (2) Конвенции против пыток, оценивая, имеются ли серьезные основания считать, что лицо будет подвергнуто пыткам, надо принимать во внимание «существование в данном государстве постоянной практики грубых, вопиющих и массовых нарушений прав человека».



- шении непосредственно соответствующего лица, не могут устранить опасность для этого лица<sup>96</sup>; и
- дипломатические гарантии *могут* устранить опасность, только если будут сопровождаться наличием независимых и эффективных механизмов мониторинга после передачи лица<sup>97</sup>.

К соглашениям о передаче лиц, требующих гарантий против жестокого обращения или других нарушений, следует относиться очень осторожно и осмотрительно, даже если мы не говорим об упомянутых выше юридических соображениях. Хотя их нельзя квалифицировать в целом как обязательно ненадежные, поскольку политическое и дипломатическое давление, создаваемое в отдельных случаях, может, при определенных обстоятельствах и при наличии надежных механизмов мониторинга после возвращения, защитить отдельное лицо<sup>98</sup>, опыт других случаев свидетельствует о том, что такие гарантии не соблюдались<sup>99</sup>.

Основная причина такого несоблюдения заключается в том, что трудно создать надежный и эффективный механизм мониторинга. В одном случае Европейский суд по правам человека, получив от государства, требующего выдачи, гарантии того, что сотрудники Суда получают доступ к соответствующим лицам, отменил приказ, требующий не выдавать их. Однако при попытке посетить этих лиц

- 96 ECtHR, *Saadi*, примечание 30 выше, ч. 147; аналогичным образом в Ноте УВКБ о дипломатических гарантиях (UNHCR's Note on Diplomatic Assurances), примечание 26 выше, ч. 51, говорится, что «дипломатические гарантии отвечают критерию, только если они могут эффективно устранить все практически возможные проявления преследования в конкретном случае».
- 97 Комитет против пыток, Выводы и рекомендации: Канада, UN Doc. CAT/C/CR/34/CAN, 7 июля 2005 г., ч. 5 (e); Комитет против пыток, Выводы и рекомендации: Соединенные Штаты Америки, примечание 32 выше, ч. 21; Комитет против пыток, Выводы и рекомендации: Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии, примечание 5 выше, ч. 4 (d). Об ответе Соединенного Королевства на эти рекомендации см.: Comments by the government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the conclusions and recommendations of the Committee against Torture, UN Doc. CAT/C/GBR/4/Add.1, 8 June 2006, paras. 49–69.
- 98 Как утверждалось, например, правительством Соединенного Королевства в документе «Replies to the List of Issues (CCPR/C/GBR/Q/6) to be taken up in connection with the consideration of the sixth periodic report of the government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (CCPR/C/GBR/6)», UN Doc. CCPR/C/GBR/Q/6/Add.1, 18 June 2008, para. 88; Jones, примечание 84 выше, с. 188 и сл.; Bellinger, примечание 84 выше, с. 4; Ashley Deeks, примечание 94 выше, с. 22.
- 99 См., например: Committee against Torture, *Agiza*, примечание 32 выше; ECtHR, *Shamayev and 12 others v. Georgia and Russia*, Application No. 36378/02, Judgment of 12 April 2005; см. также подготвленный к печати доклад: Department of Homeland Security, Office of the Inspector General, on the case of Maher Arar: «The removal of a Canadian citizen to Syria», OIG-08-08, March 2008, pp. 5, 22, 27.

доступ предоставлен не был<sup>100</sup>. В делах, которые рассматриваются Комитетом против пыток, было установлено, что жестокое обращение имело место, несмотря на предоставление гарантий, которые включали создание механизма мониторинга<sup>101</sup>. Верховный комиссар ООН по правам человека и Специальный докладчик ООН по вопросу о пытках предупреждали о нецелесообразности использования дипломатических гарантий, поскольку такие гарантии ненадежны и не могут, по их мнению, устранить опасность применения пыток или других видов жестокого обращения<sup>102</sup>. Дипломатические гарантии подвергались серьезной критике и со стороны правозащитных организаций<sup>103</sup>.

Действительно, когда речь идет о дипломатических гарантиях, государства должны понимать, что определить, выполнило ли государство свое обязательство не налагать или не исполнять смертного приговора, достаточно просто. Гораздо труднее проследить за соблюдением обязательства не допускать жестокого обращения с лицами, лишеными свободы, поскольку пытки обычно производятся «за закрытыми дверями» и факт их применения отрицается. Кроме того, мониторинг в осуществление этих гарантий можно провести только в отношении очень ограниченного числа лиц в каком-то конкретном месте содержания под стражей. Люди могут остерегаться информировать о жестоким обращении тех, кто осуществляет мониторинг, опасаясь репрессалий за сообщение сведений о дурном обращении. Такие гарантии могут оказаться полезными, только если власти контролируют силы безопасности, что бывает не всегда. И наконец, если гарантии не соблюдаются, то не ясно, какие средства защиты доступны для соответствующего лица, если они вообще имеются.

100 ECtHR, *Shamayev*, примечание 99 выше.

101 Committee against Torture, *Agiza*, примечание 32 выше.

102 High Commissioner for Human Rights, Human Rights Day Statement: «On terrorists and torturers», 7 December 2005, примечание 84 выше; Address by the High Commissioner for Human Rights at Chatham House and the British Institute of International and Comparative Law, 16 February 2006, [www.bicil.org/news/view/-/id/14/](http://www.bicil.org/news/view/-/id/14/) (последнее посещение 21 октября 2008 г.); Доклад Специального докладчика по вопросу о пытках, UN Doc. A/60/316, 30 августа 2005 г., ч. 46. См. также: Inter-American Commission on Human Rights' decision on precautionary measures for the detainees at Guantánamo Bay, примечание 32 выше, с. 10 и Resolution No.1/06 on Guantánamo Bay precautionary measures, примечание 32 выше, ч. 4.

103 Amnesty International, 'Diplomatic assurances' — no protection against torture or ill-treatment, campaign factsheet ACT40/021/2005, December 2005; and Human Rights Watch, *Empty promises: diplomatic assurances no safeguard against torture*, April 2004.

## МККК и соглашения о передаче лиц

МККК в силу своего характера и методов работы не может действовать в качестве органа, осуществляющего мониторинг в соответствии с соглашениями о передаче, и не хочет, чтобы его рассматривали в качестве такового и называли его так в таких соглашениях.

Во-первых, любое участие МККК в процессе мониторинга после передачи может привести к тому, что он станет рассматриваться как «исполнительный орган или представитель» передающего государства, то есть как орган, который «в соответствии с контрактом» с этим государством предназначен посещать задержанных в принимающем государстве, а это задание несовместимо с его нейтральностью и независимостью и может нанести ущерб имиджу организации. Деятельность в качестве механизма мониторинга могла бы в конечном итоге помешать будущим переговорам о соглашении о деятельности МККК в местах содержания под стражей с соответствующим государством или с третьим государством. Более того, существует угроза, что передающие государства станут использовать МККК для собственных целей, например, заявят, что любая опасность жестокого обращения предотвращена благодаря посещениям МККК.

Во-вторых, в соответствии со своим правом на посещения задержанных лиц во время международных вооруженных конфликтов<sup>104</sup> и своим правом на любую гуманитарную инициативу во время немеждународных вооруженных конфликтов и других ситуаций насилия<sup>105</sup>, МККК иногда осуществляет посещения переданных лиц после их передачи в принимающих государствах. Возможно, что он уже посещает место содержания под стражей, в которое переведено это лицо, и поэтому имеет к нему доступ. Однако он будет обсуждать предоставление доступа и условия осуществления своих посещений независимо от любых соглашений между двумя государствами. Чтобы обеспечить соблюдение положений международного права, которые касаются лиц, содержащихся под стражей, МККК начинает диалог с удерживающими властями и страной содержания под стражей. Обычно этот диалог имеет конфиденциальный характер, чтобы передающее государство не обязательно узнало о тех фактах, которые обнаружил МККК. Хотя МККК может принять решение проинформировать это государство или другие государства, если нарушения продолжаются и его конфиден-

104 Женевская конвенция III, статья 126; Женевская конвенция IV, статья 143.

105 Женевские конвенции, общая статья 3; Устав Международного движения Красного Креста и Красного Полумесяца, статья 5.

циальный диалог оказывается безрезультатным, он сделает это согласно собственным правилам, существующим внутри организации<sup>106</sup>, а не на основании соглашения между передающим и принимающим государствами.

## Обязанности, возникающие после передачи

Если передача имеет место, ответственность за переданное лицо лежит на принимающем государстве. Передающее государство может тем не менее иметь целый ряд обязанностей после передачи. Они могут вытекать из основных обязательств по международному праву, таких как обязательства по гуманитарному праву, или из вторичных обязательств в соответствии с правом ответственности государств, если передача осуществлялась в нарушение международного права. Могут также существовать обязательства, вытекающие из обязанности обеспечивать соблюдение международного гуманитарного права и воздерживаться от оказания помощи при любых нарушениях.

### Обязанности после передачи в международном гуманитарном праве

Международное гуманитарное право содержит конкретные положения об обязанностях после передачи между союзными государствами. Статья 12 Женевской конвенции III предусматривает, что

«если эта Держава [принимающая держава] не выполнит положений настоящей Конвенции по любому важному пункту, Держава, которая передала военнопленных, получив уведомление Державы-Покровительницы, должна принять эффективные меры для исправления положения или потребовать возвращения военнопленных. Такое требование должно быть удовлетворено».

Статья 45 (3) Женевской конвенции IV налагает аналогичные обязательства во время международного вооруженного конфликта

106 Об условиях работы МККК см.: *Действия МККК в случае нарушений международного гуманитарного права или других основополагающих норм, касающихся защиты лиц в ситуации насилия* // Москва, МККК, 2007.

в отношении покровительствуемых лиц, передаваемых от одной союзной державы другой.

Другими словами, если передающее государство узнает, что в отношении задержанных лиц совершаются серьезные нарушения Женевских конвенций или что их основные потребности или требования относительно условий содержания под стражей не выполняются в том, что касается размещения, питания, гигиены или работы, оно должно предпринять шаги для предоставления непосредственной помощи<sup>107</sup>. Комментарий к этим положениям уточняет, что если по какой-либо причине ситуацию невозможно изменить, «держава, которая изначально передала пленных, должна потребовать их возвращения. Ни в коем случае принимающая держава не может отказаться от выполнения этого требования и должна выполнить его как можно скорее»<sup>108</sup>. Таким образом, международное гуманитарное право налагает серьезные обязанности на передающее государство в период после передачи, требуя, чтобы оно проследило за обращением с переданными лицами и приняло меры, если обращение с ними не является удовлетворительным; такие меры могут включать требование возвратить переданных лиц. Как уже было сказано выше, гуманитарные соображения, лежащие в основе этих положений — то есть необходимость обеспечить, чтобы при передаче лиц между союзными государствами передающая держава продолжала нести ответственность за благополучие задержанных лиц, — должны также быть приняты во внимание в отношении передач между союзными державами во время немеждународного вооруженного конфликта.

Более того, как уже указывалось, статья 5 (4) Дополнительного протокола II требует, чтобы государства, освобождающие задержанных лиц во время немеждународных вооруженных конфликтов, приняли все меры, необходимые для обеспечения их безопасности.

## Ответственность за международно-противоправные деяния

Другие своды международного права не содержат аналогичных обязанностей передающего государства. Однако если государство передает лицо в нарушение принципа невыдворения, оно совершает международно-противоправный акт. В принципе, это влечет за собой

107 Pictet, примечание 17 выше, с. 138 и Pictet, примечание 28 выше, с. 268–9.

108 Pictet, примечание 17 выше, с. 139.

обязанность по возмещению причиненного ущерба<sup>109</sup>, включая обязанность *restitutio in integrum*<sup>110</sup>, которая может заключаться в том, что лицу предоставляется возможность вернуться на территорию передающего государства. Но органы по правам человека не пошли так далеко и не потребовали возвращения лица в передающее государство, они просто предоставили незаконно переданному лицу право на возмещение. Позже Комитет против пыток и Комитет по правам человека рекомендовали государствам принимать меры по выяснению местонахождения и состояния переданных лиц и добиваться того, чтобы с ними не обращались жестоко<sup>111</sup>. Если нет возможности потребовать возвращения лица, то меры по выяснению его участи и меры, принимаемые для облегчения страданий, могут способствовать тому, что нарушения не будут иметь места или прекратятся.

### Обязанность обеспечить соблюдение международного гуманитарного права

На основании статьи 1, общей для Женевских конвенций, все государства обязаны не только соблюдать, но и обеспечивать соблюдение международного гуманитарного права. Это влечет за собой обязанность всех государств, в том числе тех, которые не участвуют в конкретном вооруженном конфликте, принять все возможные и соответствующие меры для обеспечения того, чтобы нормы гуманитарного права соблюдались сторонами в этом конфликте<sup>112</sup>. Это обязательство содейство-

109 Permanent Court of International Justice, *Factory at Chorzow (Claim for Indemnity) case, (Germany v. Poland), (Merits)*, PCIJ (ser. A) No. 17, 1928, p. 29. См. также: статья 1 Статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, принятых Комиссией международного права в 2001 г.: КМП, Статьи об ответственности государства, UN Doc. A/CN.4/L.602/Rev.1, 26 июля 2001 г.; 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 согласно резолюции 60/147 от 16 декабря 2005 г., UN Doc. A/RES/60/147, 21 марта 2006 г.

110 Если это не является практически невозможным и не связано с трудностями, несоизмеримыми выгоде от получения реституции вместо компенсации. См.: статья 35 Статей об ответственности государств, *ibid.*

111 Human Rights Committee, *Chitat Ng*, примечание 8 выше, ч. 18; *Mansour Ahani*, примечание 32 выше, ч. 12; Committee against Torture, *Brada v. France*, Communication No. 195/2002, UN Doc. CAT/C/34/D/195/2002, 24 May 2005, para. 15.

112 МС, Дело о строительстве стены, примечание 23 выше, ч. 158; Laurence Boisson de Chazournes and Luigi Condorelli, 'Common Article 1 of the Geneva Conventions revisited: protecting collective interests', *International Review of the Red Cross*, Vol. 82 (837) (March 2000), pp. 67–87.

вать соблюдению права<sup>113</sup> и действовать «с должным усердием с целью предотвращения [нарушений гуманитарного права] или обеспечивать их пресечение, если они имеют место»<sup>114</sup>.

Таким образом, все государства, которые узнают о подобных нарушениях, должны предпринять шаги, для того чтобы положить им конец. У них в распоряжении различные методы, такие как двусторонние дипломатические представления или многосторонние механизмы. Эти обязательства имеют особенно большое значение в ситуациях, когда государства или международные организации присутствуют на территории другого государства. Их войска должны не только не оказывать никакого содействия или помощи, если они становятся свидетелями нарушений гуманитарного права государством, на территории которого они присутствуют, они обязаны принять все возможные меры (в рамках своего мандата и в соответствии с общим международным правом), для того чтобы убедить его не совершать их. Если же государства, сторонами в конфликте, являются членами международной организации, действуя с ее санкции или под ее эгидой, международная организация должна, если это необходимо, вмешаться, с тем чтобы обеспечить соблюдение ими гуманитарного права.

Целый ряд государств и международных организаций недавно приняли решение предоставить странам, принимающим лиц, больше поддержки для расширения их возможностей по содержанию передаваемых лиц в удовлетворительных условиях и преданию их суду в соответствии с международными стандартами<sup>115</sup>. Такие государства находятся в наиболее благоприятном положении для обеспечения соблюдения стандартов гуманитарного права государством, которое принимает передаваемых лиц, и, следовательно, несут особую ответственность в этом отношении.

## Ответственность за противоправное деяние другого государства

Причиной для передач может быть и то обстоятельство, что соответствующие лица подлежат судебному преследованию в принимающем государстве. Иногда передающее государство может сотрудничать

113 См. выступление г-на Клода Пийу из МККК на Дипломатической конференции в Женеве в 1949 г.: Final Act of the Diplomatic Conference of Geneva, 12 August 1949, Part II, Section B, Report of the ninth session of the Special Committee of the Joint Commission, 25 May 1949, p. 51; ICRC, *Draft Rules for the Limitation of the Dangers Incurred by the Civilian Population in Time of War*, 2nd edn, Geneva, April 1958, p. 129; Pictet, примечание 17 выше, с. 18.

114 Yves Sandoz, Christophe Swinarski and Bruno Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC/Martinus Nijhoff, 1987, commentary on Article 91, p. 1058.

115 См.: Jones, примечание 84 выше, с. 190.



с принимающим государством в ходе процессуальных действий, как это часто происходит во время судебных процессов, касающихся терроризма или организованной преступности.

В таких ситуациях, если в ходе судебного преследования не соблюдаются международные стандарты справедливого суда, передающее государство может нести международную ответственность за преднамеренное содействие совершению нарушения обязательства по обеспечению справедливого судебного рассмотрения. На основании международного права и практики<sup>116</sup> фактически является общепринятым (а Международный суд считает, что это отражает обычное право<sup>117</sup>), что государство не может помогать или содействовать другому государству в совершении нарушения международного права. Например, если передающее государство помогает принимающему государству получить показания для проведения несправедливого судебного рассмотрения, это может означать — в зависимости от значения этой помощи, — что оно помогает в совершении нарушения международного права, если оно знает об обстоятельствах дела и если свидетельства существенны для судебного рассмотрения.

## Выводы

В ходе изложенного выше анализа была сделана попытка обобщить правовые положения, которые регулируют передачу лиц. В то время как в разных договорах содержатся различные юридические обязательства, главным является то, что люди не должны передаваться, если существуют серьезные основания считать, что они тем самым подвергаются опасности преследования, применения пыток, жестокого, бесчеловечного или унижающего достоинства обращения или произвольного лишения

116 См.: James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, 2002, p. 151, paras. 7–9, со ссылками на практику государств. Этот принцип был обобщен в статье 16 проекта Статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния с комментариями следующим образом:

Государство, которое помогает или содействует другому государству в совершении последним международно-противоправного деяния, несет международную ответственность за это, если:

- (a) данное государство делает это, зная об обстоятельствах международно-противоправного деяния и
- (b) деяние являлось бы международно-противоправным в случае его совершения данным государством.

117 ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia-Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment of 26 February 2007, para. 420.

жизни. Независимый и беспристрастный орган должен рассмотреть решение о передаче и оценить, существует ли такая опасность.

Передачи лиц, осуществляемые в ходе проведения многонациональных операций за границей, только сейчас стали привлекать внимание к юридическим и практическим вопросам. Истинная трудность заключается в том, чтобы найти практические решения, которые бы соответствовали задачам и цели этих операций с присущими им ограничениями, то есть операций, осуществляемых в стране, правительство которой обратилось с соответствующей просьбой, и часто под эгидой или даже под командованием и контролем Организации Объединенных Наций. В этих решениях должны приниматься во внимание очень ограниченные возможности для содержания под стражей лиц при соблюдении принципа невыдворения и наличие политической воли для этого, хотя в обычных условиях такие лица должны содержаться страной, где осуществляется операция. К таким решениям могут относиться продление временного содержания под стражей, передача третьим государствам, передача в конкретные места содержания под стражей, где этим лицам не грозит опасность, и осуществление мониторинга или даже совместное осуществление содержания под стражей для осуществления мониторинга за состоянием переданных лиц.

МККК будет стараться посещать лиц всегда, когда это возможно, до их передачи и будет уведомлять передающие власти о любых возникающих у него опасениях. В то же время он постарается обязательно посещать лиц после их передачи, стремясь сделать это на основании собственной гуманитарной инициативы и в рамках своего гуманитарного диалога с соответствующими органами власти, и осуществлять такие посещения в соответствии с собственными условиями.

