

О заключенных, семейной жизни и коллективном наказании: дело Намнама

Яэль Ронен*

Яэль Ронен — профессор, преподает право в Академическом центре науки и права в Ход-ха-Шароне (Израиль).

Аннотация

В этой статье рассматривается вынесенное в 2019 году решение Верховного суда Израиля (Суда) по делу Намнама, закрепившее запрет на свидания с членами семей для заключенных из Газы, содержащихся в израильских тюрьмах по обвинению в связях с группировкой ХАМАС¹. Этот запрет был введен Израилем в попытке заставить ХАМАС обменять палестинцев, находящихся под стражей и в заключении в Израиле, на пропавших без вести гражданских лиц из Израиля и тела израильских военнослужащих, которые предположительно находятся под контролем ХАМАС в Газе. Суд рассмотрел эту меру преимущественно с точки зрения израильского административного права и счел, что основания для вмешательства отсутствуют. По мнению Суда, анализ данной меры в рамках международного права принес бы аналогичный результат.

* Первоначальная версия данной статьи была представлена на конференции «Косвенные жертвы конфликта: защита прав и интересов родственников с точки зрения МПП», проведенной Центром прав человека «Минерва» при Еврейском университете в Иерусалиме 9–11 ноября 2021 года. Автор благодарит анонимных рецензентов за познавательные и полезные комментарии. К тексту применяются все обычные оговорки.

В настоящей статье решение Суда рассматривается в свете применимого международного права. Автор изучает его с точки зрения допустимых ограничений права на семейную жизнь и проводит глубокий анализ различных несформулированных аспектов запрета на коллективное наказание с опорой на аргументацию Суда. В заключение автор приходит к выводу о том, что анализ данной меры с позиции международного права прав человека мог бы привести к иному результату и что если бы Суд надлежащим образом применял запрет на коллективное наказание, он должен был бы провозгласить эту меру незаконной. Затем автор статьи рассматривает это решение в более широком контексте применения Судом международного права в спорах, связанных с палестинцами, проживающими на Западном берегу реки Иордан и в секторе Газа.

Ключевые слова: международное право прав человека, право на семейную жизнь, коллективное наказание, Израиль, ХАМАС, Газа, права заключенных, Верховный суд Израиля.

⋮⋮⋮⋮⋮⋮

Введение

В ходе конфликта в секторе Газа летом 2014 года (операция «Нерушимая скала») двое израильских военнослужащих пропали без вести. Было неясно, попали ли они в плен живыми или погибли в бою, но несколько дней спустя Израиль объявил их «павшими, чье место захоронения неизвестно». В течение последующих четырех лет трое гражданских лиц из Израиля перешли границу сектора Газа². Как сообщалось, все они страдали психическими расстройствами, и израильские власти объявили их пропавшими без вести. На сегодняшний день переговоры между Израилем и группировкой ХАМАС по поводу возвращения пропавших без вести и тел погибших израильтян в обмен на заключенных палестинцев не принесли никаких плодов³.

В январе 2017 года правительство Израиля приняло решение ввести ряд мер, направленных на то, чтобы вынудить режим ХАМАС в Газе вернуть пропавших гражданских лиц из Израиля и тела израильских военнослужащих. Одна из мер состояла в том, что тела «террористов, принадлежащих к ХАМАС» и «террористов, совершивших особенно жестокие

1 Supreme Court of Israel, *Namnam v. Government of Israel*, Case No. HCJ 6314/17, 4 June 2019.

2 Jack Khoury and Gili Cohen, “Israeli Who Jumped Border into Gaza Suffers from Mental Issues, Family Says”, *Haaretz*, 13 July 2018, доступно по адресу: <https://tinyurl.com/57evfe5v> (все ссылки на интернет-ресурсы приводятся по состоянию на май 2022 г.).

3 Движение ХАМАС в целом воздержалось от подтверждения информации о погибших и пропавших без вести. В апреле 2020 г. лидер ХАМАС Исмаил Хания заявил: «У нас четверо пленных, и мы готовы к переговорам через посредников» (Daniel Siyoti, “Hamas Leader ‘Optimistic’ about Striking Prisoner Exchange Deal with Israel”, *Israel Hayom*, 19 April 2020, доступно по адресу: www.israelhayom.com/2020/04/19/hamas-leader-optimistic-about-striking-prisoner-exchange-deal-with-israel/). Никаких сведений о личности пленных ХАМАС не предоставило.

теракты» не были возвращены и подверглись временному захоронению⁴. Еще две меры состояли в отказе во въезде в Израиль членам семей боевиков ХАМАС из Газы, нуждавшимся в лечении, и в отмене посещений жителями Газы Храмовой горы (Харам аш-Шариф)⁵. В рамках четвертой меры правительство разрешило группе министров под руководством премьер-министра изучить условия содержания заключенных участников ХАМАС из Газы в израильских тюрьмах, в том числе в части свиданий с родственниками, и принять решения по поводу этих условий. Впоследствии группа министров утвердила запрет на свидания этих заключенных с членами их семей, в том числе с близкими родственниками, на неопределенное время при условии периодического пересмотра этой меры. Этот запрет и стал предметом разбирательства по делу Намнама.

На тот момент правительство Израиля уже не впервые принимало коллективные меры в отношении заключенных из Палестины в целях оказания давления на группы палестинских боевиков. В 2011 году по итогам консультаций по поводу мер ускорения освобождения израильского бойца, захваченного в плен группировкой ХАМАС в 2006 году, правительство приняло решение об отмене ряда привилегий, которыми до той поры пользовались заключенные, содержащиеся в израильских тюрьмах за преступления против безопасности⁶. Одной из таких привилегий была возможность дистанционного обучения в Открытом университете. В 2013 году Верховный суд Израиля признал эту меру законной (к этому времени захваченный в плен израильский военнослужащий уже был освобожден)⁷.

Дело Намнама

Податели ходатайства по делу Намнама утверждали, что запрет на свидания с родственниками противоречит законодательству Израиля и международному праву. Помимо всего прочего, они заявили, что такая мера влечет за собой несоразмерное ущемление права на семейную жизнь, нарушает запрет коллективных наказаний и представляет собой незаконное использование людей в качестве предмета торга⁸.

4 Government Decision B/171 on “Uniform Policy in Treating Bodies of Terrorists”, 1 January 2017, reported in Supreme Court of Israel, *IDF Commander v. ‘Alayan*, Case No. FHHHCJ 10190/17, Opinion of Chief Justice Hayut, 9 September 2019, para. 1.

5 Government Decision B/172, reported in Supreme Court of Israel, *Namnam* (примечание 1 выше), para. 2.

6 Термин «преступления против безопасности» относится к нарушениям контртеррористического законодательства, нарушениям Уголовного кодекса в части измены, шпионажа, подстрекательства к свержению власти и вступления в противоправные объединения, а также к нарушениям Свода правил в области обороны (чрезвычайных ситуаций) 1945 г. и нарушениям Уголовного кодекса из националистических соображений (Prison Service Commission Order 04.05.00, 1 May 2001).

7 Supreme Court of Israel, *Salah v. Prison Service*, Case No. FHHHCJ 204/13, 14 April 2015.

8 Supreme Court of Israel, *Namnam v. Government of Israel*, Case No. HCJ 6314/17, Petition for Order Nisi (хранится у автора без указания даты).

Верховный суд Израиля отклонил ходатайство. Он постановил, что согласно законодательству Израиля заключенные не имеют права на свидания с родственниками, поскольку содержанию в тюрьме «присущи значительные ограничения личной свободы заключенного, свободы передвижения и степени взаимодействия с внешним миром»⁹. Суд сослался на более ранний прецедент, по которому было вынесено решение о том, что свидания «не входят в число признанных прав заключенных»¹⁰. Таким образом, по мнению Суда, свидания с родственниками представляют собой привилегию. В свете этого предоставление права на свидания не предписано конституцией (правами человека) и в нем может быть отказано посредством принятия исполнительного решения, при условии что такое решение исполнительного органа власти основано на актуальных соображениях, разумно и целесообразно¹¹. Суд счел, что запрет на свидания с членами семей для заключенных из Газы, содержащихся в израильских пенитенциарных учреждениях по обвинению в связях с группировкой ХАМАС, не нарушает данных требований, и отметил, что возвращение без вести пропавших и тел погибших соответствует законным государственным интересам в области безопасности, что запрет коснулся лишь около ста заключенных и что у этих лиц имелись альтернативные способы связи с внешним миром, такие как переписка и встречи с адвокатами и священнослужителями. Кроме того, запрет подлежал периодическому пересмотру¹². Суд также отметил готовность властей рассматривать отдельные конкретные ходатайства о предоставлении исключений при наличии «чрезвычайных и особых гуманитарных оснований»¹³. Таким образом, по мнению Суда, отказ в предоставлении данной привилегии выдерживает проверку требованиями разумности и соразмерности¹⁴.

Затем Суд обратился к международному праву. Он счел, что, поскольку в международном праве не содержится абсолютного запрета на отказ заключенным в свиданиях (что было признано и подателями ходатайства), анализ международного права принес бы тот же результат, что и анализ административного законодательства Израиля. В отноше-

9 Supreme Court of Israel, *Namnat* (примечание 1 выше), para. 6. Понятие «присущих ограничений» раскрывается ниже. Можно усомниться в том, что перечисление всех трех ограничений сразу оправданно. Ограничение личной свободы и ограничение свободы передвижений не только присущи тюремному заключению, но и составляют самый его смысл. При этом ограничение объемов взаимодействия с внешним миром не является преднамеренным аспектом тюремного заключения, поэтому аналогия с первыми двумя ограничениями, которые по всей очевидности присущи этому виду наказания, вводит в заблуждение.

10 Supreme Court of Israel, *Younes v. Prison Service*, Case No. ReqAp 6956/09, 7 October 2010, Concurring Opinion of Justice Procaccia, para. 7. Сама судья Прокачка сделала оговорку по поводу соответствия данного решения в рамках израильского права конституционному праву (para. 8). При рассмотрении дела Намнама Суд пренебрег мнением судьи Данцигера, согласно которому посещения являются одним из аспектов осуществления права на семейную жизнь: Supreme Court of Israel, *Younes*, Opinion of Justice Danciger, para. 43.

11 Supreme Court of Israel, *Namnat* (примечание 1 выше), para. 7.

12 *Ibid.*, paras 11, 12.

13 *Ibid.*, para. 12.

14 *Ibid.*, para. 12.

нии запрета коллективных наказаний Суд счел, что отказ в привилегиях осужденным террористам, отбывающим срок наказания в заключении, не является коллективным наказанием¹⁵. На утверждение о том, что заключенные используются в качестве предмета торга, Суд не дал прямого ответа.

Применимая нормативно-правовая база

Далее следует разбор проведенного Судом анализа с позиции права на семейную жизнь. Автор также исследует этот вопрос с точки зрения запрета коллективных наказаний, который в данном случае состоял в том, что семейная жизнь заключенных использовалась в качестве предмета для торга. Эти правила укоренены в двух сводах норм международного права. Один из них — международное право прав человека, применимость которого в данном случае не вызывает никаких сомнений, поскольку речь идет о мере, внедренной на территории Израиля¹⁶. Второй относящийся к делу свод норм права — международное гуманитарное право (МГП). Применимость этой нормативно-правовой базы к отношениям между Израилем и Газой также не оспаривается, хотя существуют разногласия относительно того, какие именно нормы МГП применяются в данном случае. Один из спорных вопросов заключается в том, являются ли заключенные палестинцы из Газы жителями оккупированной территории. За прошедшие годы Суд стал разделять позицию государства, которая состоит в том, что Израиль уже не оккупирует Газу¹⁷. Для целей этой статьи нет необходимости формулировать позицию автора по данному вопросу, поскольку в оккупационном праве отсутствуют положения, относящиеся непосредственно к вопросу, который представлен на рассмотрение Суда¹⁸. Нет единого мнения и по поводу того, является ли продолжающийся вооруженный конфликт между Израилем и ХАМАС международным или немеждународным. В 2006 году Суд определил, что он представляет собой международный вооруженный конфликт в силу своего трансграничного характера¹⁹. Право

15 Supreme Court of Israel, *Namnam* (примечание 1 выше), para. 15. Подробная аргументация по данному вопросу изложена ниже.

16 Это не означает, что Суду следовало применить международное право прав человека, однако его решение должно было ему соответствовать.

17 Starting with Supreme Court of Israel, *Al-Bassiouni Ahmed v. Prime Minister and Minister of Defence*, Case No. HCJ 9132/07, 30 January 2008, para. 12.

18 Краткое изложение всего спектра мнений и материалов по данному вопросу см.: David Kretzmer and Yaël Ronen, *The Occupation of Justice*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2021, pp. 164–168.

19 Supreme Court of Israel, *Public Committee against Torture in Israel v. Government of Israel*, Case No. HCJ 769/02, 14 December 2006 (Targeted Killings), para. 18. В последующих случаях Суд отмечал, что право вооруженного конфликта применяется без уточнения вида такого конфликта (Supreme Court of Israel, *Al-Bassiouni Ahmed v. Prime Minister and Minister of Defence*, Case No. HCJ 9132/07, 30 January 2008, para. 12; Supreme Court of Israel, *Yesh Din v. IDF Chief of Staff*, Case No. HCJ 3003/18, 24 May 2018, Opinion of Justice Melcer, para. 51; Concurring Opinion of Chief Justice Hayut, para. 2).

международных вооруженных конфликтов содержит положения по поводу покровительствуемых лиц, в частности тех, кто не участвует в конфликте, но попал в руки одной из сторон в конфликте. Одним из таких положений является запрет коллективных наказаний²⁰. Правительство Израиля воздержалось от формулирования своей позиции по поводу характера данного конфликта²¹ и заявило о том, что действует в соответствии с нормами, применимыми к обоим видам конфликтов²².

Ходатайство по делу Намнама было подано от имени самих заключенных²³. Поскольку Суд может оперировать только теми аргументами, которые были ему представлены, в ходе процесса не был рассмотрен целый ряд вопросов. Если бы ходатайство касалось прав родственников, которым запретили навещать своих близких, от Суда могло потребоваться вынесение решения по поводу правового статуса Газы, правомерности содержания жителей Газы в израильских тюрьмах²⁴ и прав детей. В настоящей статье рассматривается позиция Суда по тем вопросам, которые были перед ним поставлены. Одной из проблем, поднятых в ходатайстве, была жалоба на дискриминацию при наложении запрета. Поскольку в статье обосновывается утверждение о том, что запрет на свидания с родственниками составляет противозаконное коллективное наказание, в ней не рассматри-

20 Возможно, позиция Суда по делу о заказных убийствах (примечание 19 выше), состоящая в том, что конфликт носил международный характер, была ограничена вопросами, связанными с ведением боевых действий (поскольку именно этот вопрос и был представлен на рассмотрение Суда). Однако сложно утверждать, что для оправдания заказных убийств в рамках права вооруженного конфликта (которые были бы недопустимы при отсутствии конфликта) конфликт классифицируется как международный, при этом для защиты людей, находящихся в руках государства, являющегося одной из сторон в конфликте, классифицировать его как международный нельзя. Согласно статье 75 Дополнительного протокола I к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающегося защиты жертв международных вооруженных конфликтов, от 8 июня 1977 г. (вступил в силу 7 декабря 1978 г.) (ДП I) защита от коллективного наказания, которой посвящена данная статья, распространяется не только на «покровительствуемых лиц», но и на всех людей, оказавшихся во власти одной из сторон конфликта. Однако ДП I применяется только в условиях международных вооруженных конфликтов, к тому же Израиль не является его стороной (хотя и связан его обычными положениями). Supreme Court of Israel, *Targeted Killing* (примечание 19 выше), para. 19; State of Israel, *The 2014 Gaza Conflict, 7 July — 26 August: Factual and Legal Aspects*, May 2015 (2014 Gaza Conflict Report), para. 234, доступно по адресу: <https://mfa.gov.il/ProtectiveEdge/Documents/2014GazaConflictFullReport.pdf>.

21 2014 Gaza Conflict Report (примечание 20 выше), para. 233.

22 Ibid. В отчете прямо отмечены принципы разграничения, предосторожности и соразмерности при ведении военных действий, которые не являются предметом настоящей статьи.

23 Податели ходатайства также сослались на право своих родственников на семейную жизнь, однако никак его не аргументировали. Суд не рассмотрел данный вопрос. В 2008 г. члены семей заключенных, проживающие в Газе, опротестовали введенный в 2007 г. запрет на свидания с заключенными из Газы, содержащимися на территории Израиля. Суд отклонил ходатайство на том основании, что он не может вмешиваться в политику органов власти по поводу въезда в Израиль из Газы. В том случае Суд не рассматривал непосредственно права заключенных (Supreme Court of Israel, *Anbar v. Commander of the Southern Command*, Case No. HCJ 5268/08, 9 December 2009). В 2012 г. запрет был снят.

24 Эти вопросы ранее рассматривались Судом в рамках дел: *Sajdiya v. Minister of Defence*, Case No. HCJ 253/88, 8 November 1988 и *Yesh Din v. IDF Commander in the West Bank*, Case No. HCJ 2690/09, 28 March 2010. Отметим, однако, что отказ в свиданиях был бы технически возможен даже в том случае, если бы заключенные содержались на оккупированной территории, как подразумевает Суд в своем решении по делу Намнама (*Namnat* (примечание 1 выше), para. 15).

вается дополнительная жалоба подателей ходатайства о дискриминации при определении группы заключенных, в отношении которых применялась указанная мера²⁵.

Право на семейную жизнь

Свидания с близкими родственниками как элемент права на жизнь

Ни в международном праве прав человека, ни в МГП не содержится явных норм, регламентирующих посещение заключенных членами их семей. В Женевской конвенции IV предусмотрено право интернированных (лиц, задержанных державой, участвующей в международном вооруженном конфликте, из соображений безопасности) на «свидания через определенные промежутки времени и так часто, как только это будет возможно, и в первую очередь со своими близкими родственниками»²⁶. Однако для лиц, осужденных на тюремное заключение за совершение уголовных преступлений, аналогичного права на свидания в прямой форме не предусмотрено. В статье 76 Женевской конвенции IV, в которой также идет речь об условиях содержания в заключении и отбывания наказания за совершение уголовных преступлений именно на оккупированной территории, закреплено право заключенных на посещение делегатами державы-покровительницы и Международного Комитета Красного Креста (а также подразумевается право на посещение священнослужителями), однако упоминание о свиданиях с родственниками отсутствует.

Хотя право заключенных на свидания с родственниками как таковое не предусмотрено в прямой форме, они обладают правом на семейную жизнь. Как в Гаагском положении, так и в Женевской конвенции IV содержится обязательство соблюдать «семейные права»²⁷. Согласно статье 17 Международного пакта о гражданских и политических правах каждый человек имеет право на защиту от произвольного вмешательства в свою семейную жизнь. В соответствии с Минимальными стандартными правилами обращения с заключенными 1957 года, которые, по общему мнению, отражают обычные стандарты, «заключенным следует давать возможность

25 Другие дела, в которых поднимается данный вопрос: Supreme Court of Israel, *State of Israel v. Quntar*, Case No. ADA 1076/95, 13 November 1996; Supreme Court of Israel, *Salah* (примечание 7 выше).

26 Женевская конвенция IV о защите гражданского населения во время войны от 12 августа 1949 г. (вступила в силу 21 октября 1950 г.) (ЖК IV), ст. 116. Это положение относится к интернированным, находящимся как на территории державы, во власти которой они находятся, так и на оккупированной территории.

27 Гаагская конвенция IV о законах и обычаях сухопутной войны с приложением: Положение о законах и обычаях сухопутной войны, 18 октября 1907 г. (вступила в силу 26 января 2010 г.) (Гаагское положение), ст. 46: «...права семейные... должны быть уважаемы». ЖК IV, ст. 27: «Покровительствуемые лица имеют право при любых обстоятельствах на уважение к их... семейным правам».

общаться через регулярные промежутки времени и под должным надзором с их семьями или пользующимися незапятнанной репутацией друзьями, как в порядке переписки, так и в ходе посещений»²⁸. Той же позиции придерживается и Комитет Организации Объединенных Наций по правам человека²⁹. Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ) в ряде случаев выносил решение о том, что ограничение частоты, продолжительности и формы свиданий заключенных с членами их семей составляют нарушение права на семейную жизнь³⁰, и это служит подтверждением того, что такие визиты являются составной частью права на семейную жизнь. Таким образом, Суд должен был бы поставить перед собой вопрос о том, подразумевает ли право на семейную жизнь очное общение с ближайшими родственниками, и если да, попадает ли полный запрет на свидания с ближайшими родственниками в рамки допустимых ограничений прав в соответствии с МГП и международным правом прав человека.

Позиция Суда, состоящая в том, что наказание в виде тюремного заключения предполагает существенное ограничение взаимодействия заключенного с миром и, следовательно, его некорректно анализировать с точки зрения прав человека, ранее была рассмотрена ЕСПЧ в рамках ряда дел с участием европейских государств. Однако даже ЕСПЧ в конечном счете отверг предположение о том, что (фактически) неизбежные последствия заключения по решению судебного органа подразумевают ограничение объема прав³¹. Правильнее было бы сказать, что к правам, которые закреплены, но не определены в Конвенции о защите прав человека и основных свобод, таким как право на семейную жизнь, посредством государственного регулирования могут быть применены «подразумеваемые ограничения»³². Подобные ограничения не составляют нарушение права при условии, что они не «ущемляют суть права... и не вступают в противоречие с другими правами, закрепленными в Конвенции»³³. Таким образом,

28 Минимальные стандартные правила обращения с заключенными, принятые в соответствии с резолюцией 663C(XXIV) ЭКОСОС от 31 июля 1957 г. и резолюцией 2076(LXII) ЭКОСОС от 13 мая 1977 г., правило 37. См. также: Свод принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, принятый в соответствии с резолюцией 43/173 Генеральной Ассамблеи ООН от 9 декабря 1988 г., принцип 19: «Задержанному или находящемуся в заключении лицу предоставляется, в частности, право на посещение членами семьи... согласно разумным условиям и ограничениям, содержащимися в законе и в установленных в соответствии с законом правилах».

29 Human Rights Committee, *Miguel Angel Estrella v. Uruguay*, Communication No. 74/1980, UN Doc. CCPR/C/OP/2 93, 1990, para. 9.2. Ст. 18 Африканской хартии прав человека и народов см.: African Commission on Human and Peoples' Rights, *Constitutional Rights Project and Civil Liberties Organisation v. Nigeria*, Communication Nos 143/95, 150/96, 15 November 1999, para. 29.

30 Ст. 8 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, 4 ноября 1950 г. (вступила в силу 3 сентября 1953 г.) рассматривается, например, в: ECtHR, *Messina v. Italy* (No. 2), Appl. No. 25498/94, Judgment, 28 September 2000, para. 61; ECtHR, *Klamecki v. Poland* (No. 2), Appl. No. 31583/96, Judgment, 3 April 2003, para. 144; ECtHR, *Chaldayev v. Russia*, Appl. No. 33172/16, 28 May 2019, para. 59.

31 ECtHR, *Golder v. United Kingdom*, Judgment, 21 February 1975, para. 44; ECtHR, *Messina* (примечание 30 выше), para. 61.

32 ECtHR, *Golder* (примечание 31 выше), para. 38.

33 *Ibid.*, para. 38.

ограничение количества свиданий с родственниками, по мнению ЕСПЧ, составляет нарушение права на семейную жизнь³⁴. Кроме того, невзирая на естественные ограничения, связанные с пребыванием в заключении, «неотъемлемой частью права лица, лишённого свободы, на уважение к его семейной жизни является предоставление ему властями возможности поддержания связи со своими близкими родственниками и при необходимости оказание ему помощи в этом»³⁵. Подобным образом, по мнению Комитета по правам человека, «лица, лишённые свободы, пользуются всеми правами, провозглашенными в Пакте, с учетом ограничений, неизбежных для жизни в неволе»³⁶. Следовательно, в международном праве отсутствуют положения в поддержку позиции Верховного суда Израиля о том, что (правомерное) заключение влияет на сам объем права, а не создает (неизбежные) практические препятствия к осуществлению этого права. Такие препятствия к ведению семейной жизни должны соответствовать закону, быть необходимыми и соразмерными и обязательно подвергаться судебному контролю. Их «неизбежность» в условиях пенитенциарного учреждения отвечает требованию «необходимости», но они еще подлежат оценке на соразмерность. Кроме того, позиция Суда не выдерживает критики. Решение о том, что объем прав любой категории лиц априори уже, чем у остальных, дало бы возможность органам власти вводить в отношении таких лиц ограничения без какой-либо конкретной правовой основы, при этом лишая их права на судебный контроль таких ограничений³⁷.

Ограничения права на свидания с ближайшими родственниками

Общие замечания

Право заключенных на семейную жизнь, в том числе право на свидания с ближайшими родственниками, не является абсолютным и может быть ограничено. Согласно статье 17 Пакта ограничение права на семейную жизнь не должно быть произвольным. Совет по правам человека выделяет такие признаки «произвола», как некорректность, несправедливость, непредсказуемость и отсутствие надлежащей правовой процедуры. Для того чтобы ограничения не были признаны произвольными, они должны быть разумными, необходимыми и соразмерными³⁸.

34 ECtHR, *Klamecki* (примечание 30 выше), para. 144.

35 ECtHR, *Messina* (примечание 30 выше), para. 61; ECtHR, *Klamecki* (примечание 30 выше), para. 144. См. также: ECtHR, *Vintman v. Ukraine*, Appl. No. 28403/05, Judgment, 23 January 2015, para. 78; ECtHR, *Khoroshenko v. Russia*, Appl. No. 41418/04 [GC], Judgment, 30 June 2015, para. 134.

36 Комитет по правам человека. Замечание общего порядка № 21, — ст. 10 (гуманное обращение с лицами, лишёнными свободы), 1992 г., п. 3.

37 Yutaka Arai, “The System of Restrictions”, in Pieter Van Dijk et al. (eds), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4th ed., Intersentia, Cambridge, 2006, p. 346.

38 Международный пакт о гражданских и политических правах, 16 декабря 1966 г. (вступил в силу 23 марта 1976 г.), ст. 17; *Комитет по правам человека*. Замечание общего порядка № 16 «Подборка замечаний общего порядка и общих рекомендаций, принятых договорными органами по правам человека», док. ООН HRI/GEN/1/Rev.1, 1994 г., с. 25, п. 4; *Комитет по правам человека*.

Поскольку Суд счел, что заключенные не могут рассчитывать на свидания с родственниками по праву³⁹, он не проводил расследование по вопросу соблюдения прав человека. В то же время Суд изучил запрет на свидания с точки зрения соответствия административному законодательству Израиля, которое, по признанию Суда, содержит требования о том, чтобы введение мер было направлено на достижение правомерной цели, было разумным, соразмерным и не имело признаков произвола. Учитывая сходство требований административного законодательства Израиля и международного права прав человека, изучение аргументов Суда может показать, насколько справедливо заявление Суда о том, что рассмотрение вопроса с точки зрения международного права принесло бы такой же результат.

Трактовка свиданий с родственниками как права предполагает, в частности, что ограничить их можно только на основе конкретного закона. Однако в отличие от права на ведение переписки и на посещение адвокатами и священнослужителями, которые гарантированы в качестве прав, свидания с родственниками — согласно постановлению Управления тюрем Израиля — всего лишь могут быть разрешены⁴⁰. Подобные свидания регламентируются только подзаконными актами и внутренними предписаниями Управления тюрем⁴¹. По делу Намнама Суд вынес решение о том, что адресованное Управлению тюрем распоряжение министра наложить запрет на свидания входит в сферу полномочий министра давать Управлению тюрем распоряжения по вопросам, связанным с безопасностью⁴². Это неконкретное разрешение, которое Суд счел достаточным для отмены свиданий с родственниками как привилегии, возможно, не было бы признано таковым, если бы дело рассматривалось с точки зрения ограничения одного из прав человека⁴³.

Замечание общего порядка № 35, — ст. 9 (свобода и личная неприкосновенность), док. ООН ССРР/С/СР/35, часть VII, п. 3. В ст. 8 Конвенции о защите прав человека и основных свобод приведен исчерпывающий перечень конкретных оснований для ограничения данного права; поскольку Израиль не является стороной данной Конвенции, подробно этот вопрос не обсуждается. Американская конвенция о правах человека, 22 ноября 1969 г. (вступила в силу 18 июля 1978 г.), ст. 11(2); Конвенция о правах ребенка, 20 ноября 1989 г. (вступила в силу 2 сентября 1990 г.), ст. 16.

39 Критический разбор данного мнения как не соответствующего действующему конституционному праву Израиля см.: Yaël Ronen, Session 10, 15th Annual Conference on International Humanitarian Law, “Indirect Victims of Conflict: IHL Protections of the Rights and Interests of Relatives”, 9–11 November 2020, доступно по адресу: <https://en.minervacenter.huji.ac.il/2020-previous-events/>.

40 Prison Service Ordinance (New Version), 1971, Art. 47(b).

41 В приказе комиссии Управления тюрем № 03.02.00 от 15 марта 2002 г. о правилах обращения с «заключенными, обвиняемыми в преступлениях против безопасности» (раздел 17) говорится, что «в соответствии со статьей 116 ЖК IV, в целом заключенным будут разрешены свидания только с близкими родственниками на условиях, изложенных в настоящем разделе». Как указано выше, статья 116 не относится к заключенным. Израиль утверждает, что, поскольку это вопрос политики, израильские власти действуют в соответствии с данным положением, см.: 2014 Gaza Conflict Report (примечание 20 выше), para. 371.

42 Supreme Court of Israel, *Natnat* (примечание 1 выше), para. 8.

43 Комитет по правам человека. Замечание общего порядка № 16, — ст. 17 (право на личную жизнь), 1988 г., п. 8.

Другие выводы, следующие из признания того, что свидания с родственниками являются правом, а не привилегией, касаются существенных ограничений полномочий органов власти препятствовать таким посещениям. Во-первых, права могут быть ограничены, но они не могут быть аннулированы⁴⁴. Мера, которую поддержал Суд, предполагает полный запрет свиданий (вместо, например, ограничения их частоты) на неопределенный срок. Формально это ограничение носит временный характер (до возвращения Израилю пропавших без вести лиц и тел погибших) и может быть снято в результате обязательного периодического пересмотра (хотя неясно, что именно следует изучать в ходе такого пересмотра и каковы критерии отмены данной меры). Однако мера, для которой не предусмотрена дата прекращения, по сути является неограниченной по времени, и опыт показывает, что в данном случае дело — переговоры по поводу репатриации пленных бойцов — может затянуться на годы⁴⁵. Следовательно, можно утверждать, что полный запрет на свидания с родственниками на неопределенный срок превосходит допустимые пределы ограничения прав органами власти⁴⁶.

Цель: репатриация из соображений безопасности

В общих положениях международного права прав человека не перечислены законные основания для ограничения права на семейную жизнь, однако их следует толковать исходя из соответствующих положений МГП, которое представляет собой специальный закон в ситуациях вооруженного конфликта⁴⁷. В Гаагском положении не содержится никаких конкретных правил или стандартов в отношении ограничений семейной жизни. В статье 27(4) Женевской конвенции IV указано, что, невзирая на право покровитель-

44 Всеобщая декларация прав человека, резолюция 217A(III) Генеральной Ассамблеи ООН, док. ООН A/810, 10 декабря 1948 г., ст. 30; Конвенция о защите прав человека и основных свобод, ст. 17.

45 Обмен военнопленного Гилата Шалита произошел в 2011 г., через пять лет после взятия его в плен. Тела трех бойцов, погибших в 2000 г. в операции по захвату на границе с Ливаном, были возвращены на родину лишь четыре года спустя. В 1996 г. Израиль провел операцию по обмену ради возвращения останков двух бойцов, захваченных в плен в 1986 г. (и объявленных погибшими в 1991 г.).

46 Смежная доктрина, принятая ЕСПЧ, касается абсолютной защиты «основы», «сути» и «сущности» прав. Контакт с родственниками составляет основу права на семейную жизнь, однако запрет на свидания не разрушает эту основу при условии сохранения возможности переписываться. С учетом специфики допустимых ограничений права на семейную жизнь в соответствии с Конвенцией о защите прав человека и основных свобод подробно этот вопрос в настоящей статье не рассматривается. Критический разбор доктрины «сущности прав» см.: Sébastien Van Drooghenbroeck and Cecilia Rizcallah, “The ECHR and the Essence of Fundamental Rights: Searching for Sugar in Hot Milk?”, *German Law Journal*, Vol. 20, No. 6, 2019.

47 *Международный Суд*. Законность угрозы ядерным оружием или его применения. Консультативное заключение, 1996 г., п. 25. Изложение мнения о том, что ограничения могут допускаться исключительно в связи с практическими трудностями или конкретным риском для безопасности, который создается в результате или в ходе посещений, см.: Alon Margalit, “Accounting for Those in the Hands of the Belligerent: Security Detainees, the Missing and the Dead in the Israeli — Hamas Conflict”, *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 25, No. 3, 2020, p. 586.

ствуемых лиц на уважение к их семейным правам в любых обстоятельствах, в отношении этих лиц стороны, находящиеся в конфликте, «могут принимать такие меры контроля или меры обеспечения безопасности, которые могут оказаться необходимыми вследствие войны». Ввиду такой узости пространства для ограничения прав необходимо более пристально изучить цель, с которой был введен запрет на свидания с родственниками.

По мнению Суда, непосредственная цель принятия этой меры состоит в том, чтобы «оказать давление на ХАМАС в попытке содействовать возвращению граждан Израиля и тел погибших бойцов Армии обороны Израиля, которые уже несколько лет находятся в руках группировки, и снизить ту цену, которую Израилю придется за них заплатить»⁴⁸. Суд охарактеризовал эту меру как необходимую для «обеспечения безопасности»⁴⁹.

Содействие возможному обмену пленных — правомерная цель. Однако ее связь с безопасностью, которая требуется в рамках статьи 27(4) Женевской конвенции IV, в лучшем случае спорна. Во-первых, как следует из примеров, приведенных в комментариях 1958 года к Женевской конвенции IV, — ограничение передвижений по оккупированной территории, требование иметь при себе документы, удостоверяющие личность, а в крайнем случае интернирование и назначение места жительства, — в данном положении идет речь о возможной угрозе безопасности, исходящей от самих покровительствуемых лиц⁵⁰. Запрет на свидания не может претендовать на то, чтобы считаться средством снижения подобного риска. Если он и направлен на обеспечение безопасности, то лишь в самом широком смысле этого слова.

Вопрос о том, следует ли трактовать термин «безопасность» в широком или узком смысле, вставал перед Верховным судом Израиля в 2000 году в рамках дела о «предметах торга». Оно тоже касалось мер, принятых в целях содействия обмену пленных.

Подателями ходатайства выступали выдающиеся представители ливанской вооруженной группировки «Хезболла», которые отбыли срок заключения и содержались в Израиле под административным арестом, чтобы вынудить «Хезболлу» освободить пропавших без вести израильских бойцов или предоставить сведения о них⁵¹. Члены Суда разошлись во мнениях по поводу того, следует ли трактовать термин «соображения безопасности» в законодательстве, регламентирующем административный арест, в узком смысле — как угрозу безопасности, исходящую от самого арестованного, — или в широком — как интересы безопасности, не связанные лично

48 Supreme Court of Israel, *Namnat* (примечание 1 выше), para. 11.

49 *Ibid.*, para. 8.

50 Jean Pictet (ed.), *Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Vol. 4: Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, International Committee of the Red Cross, 1958 (*Commentary on GC IV*), p. 206.

51 Supreme Court of Israel, *A v. Minister of Defence*, Case No. FHCr 7048/ 97, 12 April 2000 (*Bargaining Chips*).

с арестованными. Большинство членов Суда не оспаривали тот факт, что обмен пленными отвечает интересам безопасности, но считали, что в свете права на свободу, предусмотренного Конституцией Израиля, термин «соображения безопасности» следует понимать в узком смысле и в отсутствие явных указаний об обратном нельзя распространять на угрозы безопасности, не связанные с конкретным человеком. Соответственно, законодательством не предусмотрена возможность заключения под стражу в качестве рычага давления при проведении переговоров по поводу обмена пленными.

Хотя представляется, что в статье 27(4) Женевской конвенции IV и национальном законодательстве Израиля поднимается один и тот же вопрос, данные в них ответы могут различаться. Применение узкой трактовки в деле о «предметах торга» было обосновано тем, что лишение свободы — суровая мера, к которой не следует прибегать слишком часто. В статье 27(4) идет речь о целом ряде мер, которые наносят меньше ущерба, чем лишение свободы. Следовательно, может быть оправданной и более широкая трактовка понятия «безопасности», в том числе с учетом угроз, не связанных с теми лицами, которых напрямую затрагивают принятые меры. И дело заключенных из Газы иллюстрирует этот тезис. Например, разрешение посещения родственниками требует представления иностранным гражданам доступа на территорию Израиля⁵². Логично, что в отношении таких посещений вводятся различные ограничения, хотя связанный с ними риск исходит не от самих заключенных.

Второй вопрос состоит в том, является ли репатриация пропавших без вести гражданских лиц и останков погибших бойцов вопросом «безопасности» в более широком смысле. Говоря в общем, благополучие и безопасность самих военнослужащих отвечает военным целям (и интересам безопасности), однако не очевидно, что то же можно сказать и о репатриации пленных бойцов⁵³. В судебной практике Суда есть указание на то, что благополучие пленных и пропавших без вести, в том числе репатриация, отвечает интересам безопасности⁵⁴, при этом некоторые судьи отметили важность обязательства государства возвращать на родину бойцов или их останки для поддержания боевого духа военнослужащих⁵⁵, а некоторые подчеркнули, что государство имеет моральный долг перед своими бойцами⁵⁶. Таким образом, разница между интересами безопасности и иными

52 Те, кто придерживается мнения о том, что Газа оккупирована, укажут на ст. 76 ЖК IV, в которой говорится о том, что покровительствуемые лица, обвиняемые в преступлениях, будут содержаться в заключении в оккупированной стране.

53 См., например, мнение окружного суда: Supreme Court of Israel, *A v. Minister of Defence*, Case No. ADA 10/94, 13 November 1997, para. 3. В отношении репатриации тел военнослужащих ясности еще меньше.

54 *Ibid.*, para. 10; Supreme Court of Israel, 'Alayan (примечание 4 выше), Opinion of Chief Justice Hayut, para. 21.

55 Supreme Court of Israel, *Bargaining Chips* (примечание 51 выше), Dissenting Opinion of Justice Cheshin, para. 3, and Dissenting Opinion of Justice Kedmi, para. 1.

56 *Ibid.*, Dissenting Opinion of Justice Cheshin, para. 10, and Dissenting Opinion of Justice Tirkel, para. 3.

интересами была в некотором роде сглажена. В рамках дела Намнама органы власти, выступающие ответчиком, не заявляли, что запрет был введен в интересах безопасности. По их утверждению, его целью является «репатриация сынов родины». Как вопрос безопасности это дело преподнес сам Суд. Кроме того, необходимо различать освобождение военнослужащих и освобождение гражданских лиц. Репатриация гражданских лиц — это правомерная цель, но она продиктована не военными интересами и не соображениями безопасности. В обстоятельствах дела Намнама эти две категории лиц неразличимы. Суд со своей стороны никак не отметил это различие⁵⁷.

Средство: использование людей как инструмента

Как открыто заявил Суд, запрет на свидания с заключенными палестинцами был введен в качестве тактики ведения переговоров. Ожидалось (вероятно), что заключенные или члены их семей надавят на лидеров ХАМАС, чтобы те пошли на сделку с Израилем и возвратили пропавших без вести и тела погибших в обмен на возобновление свиданий и отмену иных мер, введенных правительством. Кроме того, если в рамках такой сделки придется освободить нескольких заключенных, их число будет меньше, чем в отсутствие этих разнообразных мер.

Ограничение прав какого-либо лица с целью склонить другое лицо к определенным действиям противоречит самим основам права прав человека, которое гласит, ссылаясь на присущее человеку достоинство, что люди ни при каких обстоятельствах не должны использоваться в качестве средства достижения цели⁵⁸. Однако в международном праве прав человека отсутствует явный запрет мер, превращающих человека в инструмент. Кроме того, большинство прав человека может подвергаться ограничениям. Поэтому логично предположить, что отказ от использования людей в качестве инструментов тоже не является абсолютным правилом и что могут возникать обстоятельства, пусть и чрезвычайные, в которых им можно пренебречь для осуществления правомерной цели, имеющей первостепенное значение. Суд и в самом деле отметил, что, даже если запрет на посещение родственниками составляет ограничение права, рассматриваемое дело отличается от дела о «предметах торга» ввиду разницы в суровости ограничений, введенных в каждом из случаев⁵⁹. Таким образом, Суд косвен-

57 См., например, заявление судьи Элрона: «Так же как защита граждан и военнослужащих государства представляет первоочередной интерес безопасности, подобным образом государство должно принимать меры к их возвращению в случае попадания в руки противника» (Supreme Court of Israel, *Namnat* (примечание 1 выше), Concurring Opinion of Justice Elron, para. 2).

58 Формула человечности, выведенная Кантом, гласит: «Поступай так, чтобы ты никогда не относился к человечеству, как в твоём лице, так и в лице всякого другого, только как к средству, но всегда в то же время и как к цели» (*Иммануил Кант. Сочинения на немецком и русском языках. В 4 томах. Т. III. М., 1997. С. 169*).

59 Supreme Court of Israel, *Namnat* (примечание 1 выше), para. 10.

ным образом признал, что использование человека в качестве инструмента не запрещено категорически, однако должно соответствовать требованию соразмерности.

По мнению Суда, запрет на свидания в целях содействия обмену пленными соответствует критерию соразмерности (а содержание под арестом — не соответствует⁶⁰). Во-первых, Суд установил, что в сложившихся обстоятельствах у него нет оснований вмешиваться в оценку, проведенную органами власти в отношении возможной эффективности запрета (решения вопроса о том, был ли выбор меры разумным). Во-вторых, исполнив требование о «наименьшей мере вмешательства» довольно странным образом, Суд решил, что у заключенных имеются иные способы связи с внешним миром и помимо визитов родных⁶¹. Далее он отметил, что эта мера коснулась всего ста заключенных. Такое рассуждение переворачивает данное требование с ног на голову: вместо того чтобы удостовериться, что у органов власти не было иных средств достижения своей цели, кроме ограничения права, Суд стал рассматривать вопрос о том, располагают ли заключенные альтернативными способами осуществления своего права (при этом смазав характер самого права, поскольку духовные лица и адвокаты не заменят семью). Кроме того, доля заключенных, которых коснулась эта мера, никак не связана с объемом ущерба, причиненного каждому из них по отдельности⁶².

Несмотря на отсутствие категорического запрета на использование людей в качестве средства достижения цели как таковое⁶³, в некоторых случаях оно может нарушать конкретные запреты, такие как запрет на жестокое, бесчеловечное и унижающее достоинство обращение⁶⁴. Помимо всего прочего, это зависит от характера, цели и жестокости применяемого обращения⁶⁵. Кроме того, меры, превращающие людей в средство достижения цели, могут рассматриваться как несправедливые и лежащие вне правовой процедуры, а следовательно, произвольные. Таким образом, запрет на свидания с родственниками, который в некоторых обстоятельствах бывает правомерным, может составлять наруше-

60 В деле о предметах для торга (примечание 51 выше) мнение большинства состояло в том, что, даже если бы в законодательстве в явной форме содержалось позволение заключать под стражу человека на основаниях, не имеющих к нему отношения, рассматриваемый приказ не прошел бы проверку на соразмерность в силу его чрезмерной суровости для данных обстоятельств.

61 См. основной текст из примечания 12 выше.

62 Supreme Court of Israel, *Namnam* (примечание 1 выше), paras 11–12.

63 По поводу недостаточности международного права прав человека для решения вопроса коллективного наказания как особой формы использования человека в качестве инструмента см.: Cornelia Klocker, *Collective Punishment and Human Rights Law: Addressing Gaps in International Law*, Routledge, London and New York, 2020; Liron A. Libman, *Will you Sweep Away the Righteous with the Wicked? Security Measures and Collective Punishment*, Israel Democracy Institute Policy Paper 125, April 2019, pp. 23–24.

64 Международный пакт о гражданских и политических правах, ст. 7.

65 Комитет по правам человека. Замечание общего порядка № 20, — ст. 7 (запрещение пыток или жестокого, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения и наказания), 1992 г., п. 4.

ние права в силу того, что его введение продиктовано желанием повлиять на поведение третьей стороны⁶⁶.

В отличие от международного права прав человека, нормы МГП в явной форме оставляют пространство для использования людей в качестве инструментов. Иллюстрацией этого может служить, например, законность причинения сопутствующего ущерба гражданским лицам и объектам гражданского назначения. Однако некоторые варианты достижения цели посредством использования людей категорически запрещены. В частности, в МГП содержится запрет на введение коллективных наказаний в отношении покровительствуемых лиц⁶⁷. Этот запрет может применяться и напрямую, и (в качестве специального закона) как один из факторов толкования того, что представляет собой законное ограничение прав человека. Если мера незаконна сама по себе, вопросы по поводу ее цели, необходимости и соразмерности становятся несущественными. Таким образом, если лишение свиданий с родственниками квалифицируется как коллективное наказание, оно прямо запрещено в соответствии с МГП и, кроме того, является незаконным вмешательством в рамках международного права прав человека. Поэтому в следующем разделе рассматривается вопрос о том, является ли отказ в праве свиданий с членами семьи коллективным наказанием.

Запрет на коллективное наказание согласно МГП

Коллективные наказания запрещены в соответствии со статьей 33 Женевской конвенции IV, которая гласит: «Ни одно покровительствуемое лицо не может быть наказано за правонарушение, совершенное не им лично»⁶⁸. Верховный суд Израиля построил свою правовую практику запрета коллективных наказаний преимущественно в контексте карательного сноса домов. Суд отверг утверждение о том, что такой снос домов представляет

66 Конкретной нормой права, которая основана на запрете использования людей в качестве инструментов, но неприменима в данном случае, является запрет захвата заложников, определяемый как действия лица, которое «захватывает или удерживает другое лицо и угрожает убить, нанести повреждение или продолжать удерживать другое лицо... для того чтобы заставить третью сторону... совершить или воздержаться от совершения любого акта» (Международная конвенция о борьбе с захватом заложников, 17 декабря 1979 г. (вступила в силу 3 июня 1983 г.), ст. 1(1)). Захват заложников запрещен в любых обстоятельствах, в том числе конкретно в ситуациях вооруженного конфликта. Ст. 3 ЖК IV: «С этой целью запрещаются и всегда и всюду будут запрещаться следующие действия в отношении [лиц, которые непосредственно не принимают участия в военных действиях]:... b) взятие заложников»; ст. 34 ЖК IV: «Взятие заложников запрещается». Определение захвата заложников через отсылку исключительно к безопасности человека, а не к другим характеристикам и аспектам человечности, лишь подкрепляет мнение о том, что использование людей в качестве инструментов само по себе не является незаконным.

67 В поддержку мнения о том, что использование людей в качестве инструментов достижения цели не находится под абсолютным запретом, свидетельствует тот факт, что в ст. 33(1) и 33(3) ЖК IV идет речь исключительно о покровительствуемых лицах, наводя на мысль о том, что аналогичные меры в отношении иных лиц могут быть законны. Различие между ст. 33(3) ЖК IV и ст. 20 ДП I также говорит в пользу этого предположения.

68 См. также: Гаагское положение, ст. 50.

собой коллективное наказание. В качестве основного аргумента он высказал, что снос домов не является «наказанием», поскольку представляет собой профилактическую меру сдерживания. Далее Суд постановил, что снос не может считаться «коллективной» мерой, опираясь на (порочную) аналогию между ущербом, причиненным ни в чем не повинным людям, находящимся на иждивении у человека, осужденного на тюремное заключение за совершение уголовного преступления, и ущербом, причиненным ни в чем не повинным людям, связанным с подозреваемыми в совершении преступлений против безопасности, чьи дома были снесены⁶⁹. Суд пренебрег различиями между непреднамеренным косвенным ущербом, причиняемым в первом случае, и преднамеренным и непосредственным вредом, который наносится во втором.

Неубедительность этих аргументов обсуждалась в других работах⁷⁰. Кроме того, ни один из этих случаев нельзя прямо применить к делу Намнама. Нигде не сказано о том, что запрет свиданий призван служить сдерживающим фактором⁷¹ или что заключенные прямо связаны с пленением военных или гражданских лиц. Тем не менее Суд отклонил заявление о коллективном наказании, опираясь на ряд сомнительных аргументов. Во-первых, Суд постановил, что отказ в свиданиях не является наказанием, поскольку «эта мера носит административный характер», а не принимается по решению суда⁷². Однако уже давно установлено и сформулировано в явном виде, что статья 33 Женевской конвенции IV (а впоследствии и статья 75 Дополнительного протокола I) касается не только судебного приговора, но и любого рода санкций⁷³. В общем и целом характер санкции не определяется видом государственного органа, уполномоченного

69 См.: Supreme Court of Israel, *Shukri v. Minister of Defence*, Case No. HCJ 798/89, 10 January 1990, para. 6 (по поводу мер сдерживания); Supreme Court of Israel, *Dajlas v. IDF Commander in Judea and Samaria*, Case No. HCJ 698/85, 24 March 1986, para. 3; и недавнее дело Supreme Court of Israel, *Kabha v. Military Commander of the West Bank*, Case No. HCJ 480/21, 3 February 2021 (по поводу коллективного характера); а также дела, которые приводятся в пример в работе: D. Kretzmer and Y. Ronen (примечание 18 выше), pp. 384–391.

70 См., например: Shane Darcy, “Punitive House Demolitions, the Prohibition of Collective Punishment, and the Supreme Court of Israel”, *Penn State International Law Review*, Vol. 21, No. 3, 2003; Mordechai Kremnitzer and Lina Saba-Habesch, “House Demolitions”, *Laws*, Vol. 4, No. 2, 2015; D. Kretzmer and Y. Ronen (примечание 18 выше), pp. 384–391.

71 Можно сказать, что мера, направленная на побуждение третьей стороны к определенному действию, сравнима с мерой, направленной на сдерживание действий третьей стороны. Они могут различаться в том, что оценка эффективности меры в первом случае должна быть проще, поскольку установить факт совершения действия легче, чем утверждать, что действие, которое могло бы произойти в противном случае, не было произведено. Однако, несмотря на периодические отсылки Верховного суда к этому понятию в контексте карательного сноса домов, эффективность коллективного наказания не отменяет его незаконности.

72 Supreme Court of Israel, *Namnat* (примечание 1 выше), para. 15, возможно, по следам дела Шукри, в котором Суд заявил о том, что «полномочия носят административный характер и их осуществление предназначено для сдерживания и, следовательно, для поддержания общественного порядка» (Supreme Court of Israel, *Shukri* (примечание 69 выше), para. 6).

73 Commentary on GC IV (примечание 50 выше), p. 225. По поводу замены слова «санкции» словом «наказание» в ДП I см.: Shane Darcy, *Collective Responsibility and Accountability under International Law*, Brill, Leiden, 2007, p. 67.

на ее введение. Следовательно, вид органа власти, который ввел санкцию, не имеет значения⁷⁴.

Во-вторых, Суд заявил, что запрет представляет собой «законную» меру, принятую «в целях обеспечения безопасности»⁷⁵. Однако в Суде оспаривалась не цель введения данной меры, а средство, использованное для ее достижения. Поскольку цель не всегда оправдывает средства, заявление Суда лишь вызвало вопрос о том, насколько законной является мера.

В-третьих, Суд в значительной мере опирался на свое решение о том, что свидания с родственниками квалифицируются как привилегия, а не как право. По мнению Суда, отказ в привилегии не является «наказанием»⁷⁶. Ошибочность предпосылки о том, что свидания с родственниками представляют собой всего лишь привилегию, изложена выше. Логика данного заключения также вызывает вопросы. Допустим, что страдания, причиненные человеку введением мер, ограничивающих права, сильнее, чем страдания, причиненные мерами, ограничивающими простые привилегии; исторически сложилось, что споры по поводу допустимости коллективного наказания касались вопиющих нарушений прав, например массовых убийств, захвата заложников, пыток и разрушения целых поселений⁷⁷. Однако психологическая и общественная значимость наказания лежит не в плоскости формальной юридической классификации наносимого им ущерба, но в плоскости боли, страдания, потерь и неприятностей, причиненных намеренным введением определенного обременения или лишением какого-либо преимущества⁷⁸. Они зависят от таких факторов, как суровость вводимой меры; цель, которой служит ее применение; ожидаемая эффективность и группа населения, затронутая принятием данной меры⁷⁹. На самом деле, Суд и сам отметил, что по правилам даже долго действующие привилегии не могут быть отменены без соответствующего обоснования и что такая отмена должна быть разумной и соразмерной. Это правило отражает необходимость соблюдать правомерные ожидания,

74 По поводу международного права прав человека см.: *Комитет по правам человека*. Замечание общего характера № 32, — ст. 14 (равенство перед судами и трибуналами и право каждого на справедливое судебное разбирательство), док. ООН CCPR/C/GC/32, 23 августа 2007 г., раздел III, п. 2. По поводу ст. 33 ЖК IV см.: *Commentary on GC IV* (примечание 50 выше), р. 225; D. Kretzmer and Y. Ronen (примечание 18 выше), р. 391.

75 Supreme Court of Israel, *Namnam* (примечание 1 выше), para. 15. Интересно, что Суд выразил свою позицию по данному вопросу вместо того, чтобы воздержаться от вмешательства в политический вопрос, связанный с безопасностью. См.: D. Kretzmer and Y. Ronen (примечание 18 выше), р. 491. Пример иного подхода в аналогичных обстоятельствах см.: Supreme Court of Israel, *Anbar* (примечание 23 выше), para. 4.

76 Supreme Court of Israel, *Namnam* (примечание 1 выше), paras 6, 15.

77 Paul Rabbat and Sigrid Mehring, “Collective Punishment”, in: *Max Planck Encyclopedia of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, para. 1.

78 Hugo Adam Bedau and Erin Kelly, “Punishment”, in: Edward N. Zalta (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Winter 2019, доступно по адресу: <https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/punishment/>. Запрет коллективных наказаний предполагает, что наказание применяется в ответ на нарушение какой-либо нормы. Подробнее по данному вопросу см. ниже.

79 L. A. Libman (примечание 63 выше), pp. 46–61.

даже если они основаны не на правах⁸⁰. Следовательно, отнесение свиданий с родственниками к разряду привилегий не умаляет тяжелых последствий их отмены. На самом деле, если бы органы власти не заявили о том, что запрет свиданий оказывает тяжелое или неприятное влияние, которое может побудить ХАМАС к совершению определенных действий, они бы в принципе не стали его вводить. Точно так же Суд не мог бы утверждать, что запрет свиданий может быть эффективной (а значит, по его мнению, разумной) мерой, не признав, что эта мера причиняет страдания и лишения. Каким же тогда образом при рассмотрении законности запрета с точки зрения нормы, не позволяющей причинять определенные виды страданий и лишений, Суд мог утверждать, что они никак не доходят до существенных пороговых показателей, поскольку в деле идет речь всего лишь о вопросе привилегии? Подобно тому, как страдания, причиняемые введением какой-либо меры, не зависят исключительно от того, идет ли речь о праве или о привилегии, не зависит от этого и ее законность.

В-четвертых, Суд квалифицировал запрет свиданий с родственниками как отмену или приостановление привилегий «в тех случаях, когда заключенный не соблюдает условий их получения»⁸¹. Суд не указал, какие именно условия не соблюдали заключенные, связанные с ХАМАС. Более того, он откровенно признал, что запрет никак не связан с поведением подателей ходатайства. «Условие», которое они не выполнили, состояло в том, чтобы не иметь никакого отношения к ХАМАС. И «повинны» они лишь в том, что являлись членами группировки, с которой уже не могли порвать после заключения под стражу.

Заключительный аргумент Суда связан с коллективностью отказа в свиданиях с членами семьи. Суд попытался разграничить запрет на родственные визиты и карательный снос домов, ссылаясь на доктрину «двойного эффекта». В соответствии с этой доктриной причинение ущерба в качестве побочного эффекта благоприятного результата (или «двойной эффект») иногда допустимо, однако намеренное причинение такого вреда в качестве средства достижения того же самого хорошего результата непозволительно⁸². Суд отвечал на критические замечания о том, что карательный снос домов представляет собой коллективное наказание, поскольку не удовлетворяет требованиям доктрины: сам результат — снос — нарушает право собственности (и другие права) третьих лиц, а значит является «неправомерным». Исходя из своего собственного мнения о том, что запрет свиданий родственниками «не ущемляет законного права», Суд заключил, что такой отказ «не создает трудностей даже

80 Supreme Court of Israel, *Namnat* (примечание 1 выше), para. 6.

81 *Ibid.*, para. 15.

82 Alison McIntyre, “Doctrine of Double Effect”, in: Edward N. Zalta (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Spring 2019, доступно по адресу: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2019/entries/double-effect/>.

на уровне результата»⁸³. Однако, даже если бы запрет свиданий не ущемлял никаких прав, его введение в качестве рычага давления на ХАМАС нарушает отдельное условие доктрины двойного эффекта: как и в случае со сносом домов⁸⁴, ущерб, причиненный отказом в посещениях, является не побочным эффектом действия, а преднамеренным и непосредственным воздействием, которого добиваются органы власти. Намеренное причинение вреда людям, которые не несут юридической или моральной ответственности, «неправомерно» само по себе. Следовательно, доктрина двойного эффекта не позволяет оправдать использование заключенных в качестве инструментов достижения цели.

Применение Судом заведомо более весомой аргументации, касающейся карательного сноса домов, вызывает разочарование, не в последнюю очередь потому, что в случае карательного сноса домов у Суда возникает два препятствия к вмешательству в действия правительства, однако в случае отказа в свиданиях с родственниками эти препятствия отсутствуют. Одно из них состоит в том, что органы власти стремятся оправдать карательный снос домов тем, что он необходим для обеспечения безопасности⁸⁵. Второе связано с опасениями по поводу того, что объявление карательного сноса домов коллективным наказанием будет равносильно признанию в том, что Суд в течение многих лет дозволял применение незаконной меры (которая может считаться военным преступлением)⁸⁶. В отношении запрета свиданий с родственниками ни одно из этих препятствий не возникает. Никаких заявлений о наличии непосредственной угрозы безопасности зафиксировано не было, равно как и более ранних случаев применения практики, которая, очевидно, составляла бы военное преступление. Тем не менее Суд не воспользовался возможностью сократить пагубные последствия существующей судебной практики, касающейся коллективных наказаний, и решил трактовать запрет коллективных наказаний ограничительно, тем самым дозволив более широкое применение подобных мер.

Рассматривая факт занижения Судом юридической значимости запрета свиданий в качестве «наказания», важно отметить, что данная мера принималась не в ответ на предполагаемое нарушение со стороны заключен-

83 Supreme Court of Israel, *Namnam* (примечание 1 выше), para. 15. Суд отвечал на аргумент, который высказали Харпаз и Коэн в отношении доктрины двойного эффекта. Харпаз и Коэн ссылаются на обоснование Судом квалификации карательного сноса домов как не носящего коллективного характера ввиду того, что само по себе деяние является благом или по крайней мере не является порочным, а ущерб, нанесенный невиновным, является сопутствующим, а не преднамеренным. Как отмечают Харпаз и Коэн, такое обоснование не выдерживает критики, поскольку карательный снос домов сам по себе «порочен» ввиду нарушения права собственности, не оправданного ведением боевых действий, и ввиду того, что ущерб, причиненный невиновным, является умышленным, а не случайным (Guy Harpaz and Amichai Cohen, “On Dynamic Interpretations and Stagnant Rulings: Reassessing the Israeli Supreme Court’s Jurisprudence on House Demolitions” *Bar-Ilan Law Studies*, Vol. 31, No. 3, 2018, p. 1012).

84 Ibid., p. 1012.

85 D. Kretzmer and Y. Ronen (примечание 18 выше), pp. 314–318, 496–504.

86 Ibid., 416–417.

ных⁸⁷. На первый взгляд, это исключает отнесение данного вопроса к области запрета коллективных наказаний, поскольку в статье 33 Женевской конвенции IV содержится запрет на наказание человека «за правонарушение», совершенное не им лично, а также на принятие упреждающих мер, направленных на «предотвращение нарушения закона»⁸⁸. В противовес этому отказ в свиданиях был введен для побуждения к правомерным действиям. Однако причина наличия в запрете явной отсылки к реакции на неправомерные действия состоит в том, что на момент его принятия уже была достигнута договоренность о запрете коллективных мер кроме как в ответ на неправомерные действия согласно принципу *nullum poena sine crimine*⁸⁹. Споры возникают исключительно по поводу разграничения коллективной и индивидуальной ответственности при совершении противоправных деяний⁹⁰. Таким образом, тот факт, что заключенные ни в чем не обвиняются и что этот вопрос формально находится вне категории «наказания», как утверждает Суд⁹¹, лишь усугубляет противоправность данной меры, а не делает ее дозволенной.

Можно возразить, что запрет на свидания с родственниками был введен в ответ на нарушение МГП группировкой ХАМАС, отказавшейся возвращать на родину пропавших без вести и тела погибших. Израиль не стал выдвигать этот аргумент — возможно, в связи с тем, что он и сам удерживает тела боевиков ХАМАС для укрепления своей переговорной позиции. В 2019 году, рассматривая дело Алаяна, Верховный суд постановил, что такая практика не противоречит международному праву⁹². Ситуация с израильскими военнослужащими, которые находятся в руках ХАМАС, несколько отличается, поскольку ХАМАС намеренно отказывается предоставлять сведения об их судьбе, в том числе о том, живы ли они. Такой отказ сам по себе может быть приравнен к взятию заложников, поскольку ставит

87 Отказ в свиданиях распространяется на заключенных, осужденных за преступления против безопасности, но вводится не в ответ на эти преступления.

88 Commentary on GC IV (примечание 50 выше), pp. 225–226.

89 В том же ключе Гарнер отмечает случай, имевший место в ходе Южноафриканской войны, когда в ответ на повреждение железнодорожных путей и телеграфных проводов «небольшими группами захватчиков» власти приняли меры против местных жителей. По его словам, неясно, были ли нарушители законными представителями воюющей стороны или некомбатантами; в первом случае, как он отмечает, «их действия не представляли собой нарушения законов войны, поэтому не подлежали наказанию по закону», несмотря на то, что за реальные нарушения могло быть понесено коллективное наказание (James W. Garner, “Community Fines and Collective Responsibility”, *American Journal of International Law*, Vol. 11, No. 3, 1917, p. 514). См. также: p. 532 («Если деяние было совершено лицом, относящимся к вооруженным силам Бельгии, это был законный акт в рамках ведения боевых действий, за который местные жители не должны нести ответа»). См. также: S. Darcy (примечание 73 выше), pp. 26–27, где отмечается, что в соответствии со ст. 50 Гаагского положения общее взыскание допустимо в ограниченном объеме при условии реагирования на действия, составляющие как минимум нарушение закона оккупирующей армии, если не законов войны.

90 Противоречия были вызваны толкованием требований, таких как необходимость вины и соразмерность. J. W. Garner (примечание 89 выше), pp. 529–531.

91 Supreme Court of Israel, *Namnat* (примечание 1 выше), para. 10.

92 Supreme Court of Israel, *Alayan* (примечание 4 выше). Аналогичное мнение см.: A. Margalit (примечание 47 выше), pp. 589–591.

под угрозу безопасность этих военнослужащих⁹³. В то же время тот факт, что Израиль объявил их погибшими, может стать препятствием для заявления о нарушении права в этом отношении. Удерживание группировкой ХАМАС гражданских лиц из Израиля, которые не представляют серьезной угрозы безопасности, очевидно, является произвольным лишением свободы и, следовательно, нарушением международного права. Если освобождение этих гражданских лиц зависит от освобождения задержанных или заключенных палестинцев, содержащихся в Израиле, оно квалифицируется как захват заложников, а значит, составляет военное преступление⁹⁴. Однако провозгласить действия ХАМАС преступными значит признать запрет свиданий «классическим» случаем коллективного наказания, подпадающим под действие запрета, содержащегося в статье 33 Женевской конвенции IV.

Заключение

Тщательное изучение запрета на свидания с родственниками с точки зрения международного права привело бы Суд к иному заключению, нежели то, которое было сделано. Суд установил бы, что право на семейную жизнь, гарантированное в рамках международного права прав человека и МГП, подразумевает свидания с близкими родственниками. Как и в случае с большинством прав, право на свидания с родственниками может быть ограничено, но не аннулировано, причем введение ограничений не должно нарушать запрет коллективных наказаний. Кроме того, Суд установил бы, что запрет на свидания с близкими родственниками заключенных палестинцев, связанных с ХАМАС и отбывающих срок тюремного заключения за преступления против безопасности, введенный в преддверии переговоров по поводу обмена пленными, сводит на нет право на свидание родственниками, нарушает право на семейную жизнь в более широком смысле и представляет собой коллективное наказание.

Легкомысленное и спорное отношение Суда к международному праву неудивительно. Будучи политическим органом государства, он стремится не вмешиваться в политику исполнительной ветви власти. Как судебный орган государства, участвующего в вооруженном конфликте, Суд особенно неохотно вмешивается в политику и деятельность, связанные с представителями противной стороны и с вопросами, которые считаются относящимися к безопасности. Дело Намнама касается вопроса, который всегда имел сильный эмоциональный заряд для израильской общественности, а именно переговоров по поводу репатриации погибших и пленных военных и гражданских лиц. Он несет в себе противоречие по поводу пра-

93 А. Margalit (примечание 47 выше), р. 587.

94 Ibid., 582–587. В 2016 г. Движение ХАМАС опубликовало фальсифицированные фотографии двух из пропавших без вести граждан, одетых в военную форму, и назвало их «военнопленными» (Fateh Voice, “Al-Qassam Publishes Photos of Four Captured Israeli Soldiers in the Gaza Strip”, YouTube, 1 April 2016, доступно по адресу: www.youtube.com/watch?v=7K5dVM3I-DQ).

вомерности и условий обмена пленных, а в данном случае еще и по поводу неустановленных обстоятельств гибели бойцов и попадания их останков в руки ХАМАС⁹⁵. Этот вопрос решается в высших эшелонах власти, и возможности для вмешательства у Суда крайне ограничены. В связи с этим Суд постоянно разрывается между естественным стремлением защитить свой народ и его интересы и обязательством строго следить за правоприменением, чтобы защитить права отдельных лиц⁹⁶. Изучение дела Намнама с точки зрения решений о других мерах, принятых государством в целях оказания давления на ХАМАС, иллюстрирует этот конфликт и то, как Суд с ним справляется.

Как уже упоминалось, в деле Алаяна Суд поддержал политику удерживания тел погибших боевиков, принадлежавших к ХАМАС, отметив в том числе, что такая практика не запрещена международным правом⁹⁷. Подателями ходатайства в том случае выступали члены семей погибших, которые сослались на свое право на сохранение достоинства и аналогичное право павших бойцов. Дело Хиама, которое рассматривалось в 2018 году, касалось отказа родственникам членов ХАМАС во въезде из Газы в Израиль на лечение. Эту меру оспорили пять человек — родственники членов ХАМАС, нуждавшиеся в жизненно важном лечении, которое невозможно было получить в Газе. Суд постановил, что отказ во въезде, не основанный на соображениях безопасности и введенный в рамках общей политики без учета конкретных обстоятельств, в высшей степени неразумен. Он выдал органам власти предписание разрешить указанным лицам въезд в Израиль на лечение⁹⁸. Этот редкий случай вмешательства Суда в политику властей можно объяснить особыми обстоятельствами: на кону стояла жизнь конкретных людей. Кроме того, Суд оспорил не эту политику в принципе, а лишь ее осуществление в конкретных обстоятельствах. Его решение не имело принципиальных последствий.

Как и дело Алаяна, дело Намнама требовало вынесения принципиального решения по поводу политики как таковой. Однако в отличие от дела Алаяна оспариваемая мера по делу Намнама напрямую влияла на жизнь подателей ходатайства, и на кону стоял вопрос признанного права человека. Поэтому при рассмотрении дела Намнама Суду было сложнее маневрировать между государственной политикой и защитой прав отдельных лиц, чем при рассмотрении дела Алаяна. В деле Намнама речь шла о праве на семейную жизнь, которое, невзирая на отсутствие какой-либо строгой иерархии прав, стоит ниже права на жизнь, составлявшего предмет рассмотрения по делу Хиама. Еще одно отличие от дела Хиама заключается

95 Hilly Moodrick-Even Khen, "Reaffirming the Distinction between Combatants and Civilians: The Cases of the Israeli Army's 'Hannibal Directive' and the United States' Drone Airstrikes against ISIS", *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol. 33, No. 3, 2016, pp. 786–788.

96 D. Kretzmer and Y. Ronen (примечание 18 выше), pp. 500–501; Meir Shamgar, *Meir Shamgar: An Autobiography*, Miskal — Yedioth Ahronoth and Chemed Books, Tel Aviv, 2015, p. 156.

97 Supreme Court of Israel, *Alayan* (примечание 4 выше), Opinion of Chief Justice Hayut, paras 30–34.

98 Supreme Court of Israel, *Chiam v. Prime Minister*, Case No. HCJ 5693/18, 26 August 2018.

в том, что в рамках дела Намнама Суду были представлены не отдельные случаи, а лишь принципиальный вопрос. Поэтому Суду было проще поддержать данную политику. Тем не менее, оставив лазейку для исключений по «особым и чрезвычайным гуманитарным основаниям»⁹⁹, Суд избежал — по крайней мере формально — необходимости категорически отказывать в этом праве любому лицу.

Обзор судебной практики Суда в отношении Западного берега реки Иордан, сектора Газа и их жителей демонстрирует весь спектр способов, посредством которых Суд избегает противостояния с органами власти, особенно в вопросах безопасности. Среди этих способов можно отметить пренебрежение международным правом, замену международного права национальным и надуманное толкование международного права¹⁰⁰. Все это, очевидно, присутствует в деле Намнама: от провозглашения международного права неактуальным в данном случае до использования административного права вместо конституционных гарантий соблюдения прав человека, квалификации принятой меры как средства обеспечения безопасности и применения натянутой трактовки запрета коллективных наказаний, не соответствующей ни букве, ни духу закона¹⁰¹. В конечном счете дело Намнама хорошо иллюстрирует общий подход Суда к осуществлению судебного контроля над действиями правительства в отношении Западного берега реки Иордан, сектора Газа и их жителей в попытке избежать вмешательства в политику и в принимаемые меры, создав при этом видимость соблюдения своего обязательства и решимости защищать права отдельных лиц.

99 Supreme Court of Israel, *Namnat* (примечание 1 выше), para. 12.

100 D. Kretzmer and Y. Ronen (примечание 18 выше), pp. 492–494.

101 *Ibid.*; Tamar Hostovsky Brandes, “The Diminishing Status of International Law in the Decisions of the Israel Supreme Court Concerning the Occupied Territories”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 18, No. 3, 2020; Adam Shinar, “Israel’s External Constitution: Friends, Enemies, and the Constitutional/Administrative Law Distinction”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 57, No. 3, 2018.