

# Содержание под стражей в контексте борьбы с терроризмом и вооруженного конфликта: неизменные подходы и новые проблемы

**Лоренс Хилл-Которн**

Лоренс Хилл-Которн — доцент юридического факультета  
Университета Рединга, Соединенное Королевство.

Адрес электронной почты: [l.hill-cawthorne@reading.ac.uk](mailto:l.hill-cawthorne@reading.ac.uk).

## Аннотация

*В настоящей статье рассматривается современная практика государств, связанная с содержанием лиц под стражей в контексте борьбы с терроризмом и вооруженного конфликта. На примере недавних дел, рассмотренных судами Соединенного Королевства и США, показано, как эти государства по-прежнему оправдывают свою практику административного содержания под стражей. Кроме того, проанализирована практика других государств, применяющих новое законодательство об административном содержании под стражей в рамках своих стратегий борьбы с терроризмом. И наконец, рассмотрены два примера существующих спорных вопросов, демонстрирующих, на чем в ближайшие*

годы преимущественно могут быть сосредоточены дискуссии, а именно применение иных административных мер, напоминающих содержание под стражей (в особенности принудительного поселения в определенном месте), и заключение лиц под стражу вооруженными группами, поддержке которым оказывают иностранные государства.

**Ключевые слова:** борьба с терроризмом, административное содержание под стражей, международное гуманитарное право.

: : : : : :

## Введение

После событий 11 сентября 2001 года борьба с терроризмом и вооруженные конфликты стали рассматриваться как неотделимые друг от друга — и с операционной точки зрения (в том смысле, что операции США и других стран против «Аль-Каиды» (*организация запрещена в России*. — Прим. пер.) являлись частью более широкой кампании по вторжению в Афганистан и его оккупации), и юридически (в том смысле, что государства пытались обосновать свою политику борьбы с терроризмом тем, что она соответствует понятию вооруженного конфликта и подпадает под действие международного гуманитарного права (МГП)). Это явление, несомненно, вызвало оживленные публичные дискуссии по вопросам административного содержания под стражей или интернирования<sup>1</sup>, в частности относительно применимой нормативно-правовой базы. Некоторые участники дискуссий рассматривали эту проблему с точки зрения строгого противопоставления содержания под стражей в рамках уголовного права и содержания под стражей в рамках военных операций<sup>2</sup>, тогда как другие подчеркивали возможность соблюдения норм в области прав человека при административном содержании под стражей<sup>3</sup>. Третьи же высказывали опасения по поводу возникшей идеи внедрить в традиционную практику постоянные, формализованные модели административного содержания под стражей в рамках борьбы с терроризмом<sup>4</sup>.

1 Речь идет о содержании под стражей по решению органа исполнительной власти (обычно в целях предотвращения реализации предполагаемой угрозы для безопасности) вне рамок системы уголовного правосудия и зачастую без применения традиционного судебного надзора.

2 Avril McDonald, “Terrorism, Counter-Terrorism and the *Jus in Bello*”, in Michael N. Schmitt and Gian Luca Beruto (eds), *Terrorism and International Law: Challenges and Responses*, International Institute of Humanitarian Law, San Remo, 2002; Robert Chesney and Jack Goldsmith, “Terrorism and the Convergence of Criminal and Military Detention Models”, *Stanford Law Review*, Vol. 60, No. 4, 2008, p. 1079.

3 См., например: Louise Doswald-Beck, *Human Rights in Times of Conflict and Terrorism*, Oxford University Press, Oxford, 2011, Chapter 9; Diane Webber, *Preventive Detention of Terror Suspects: A New Legal Framework*, Routledge, Abingdon, 2016; Monica Hakimi, “International Standards for Detaining Terrorism Suspects: Moving Beyond the Armed Conflict–Criminal Divide”, *Yale Journal of International Law*, Vol. 33, No. 2, 2008, p. 369 (хотя в этих работах и описываются разные последствия).

4 Deborah Pearlstein, “We’re All Experts Now: A Security Case Against Security Detention”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 40, 2009, p. 577.

Наиболее активными сторонниками режима административного содержания под стражей в контексте борьбы с терроризмом были США и Соединенное Королевство наряду с некоторыми другими странами<sup>5</sup>. Вскоре после событий 11 сентября 2001 года в Соединенном Королевстве было принято решение частично отступить от положений статьи 5 Европейской конвенции по правам человека (ЕКПЧ) и был принят печально известный закон 2001 года «О борьбе с терроризмом и преступностью и обеспечении безопасности»<sup>6</sup> («Закон 2001 года»). В соответствии с частью 4 этого закона была внедрена национальная система бессрочного административного содержания под стражей лиц, признанных «международными террористами» по решению министра внутренних дел страны, с возможностью обжалования таких решений через Специальную комиссию по рассмотрению апелляций, связанных с иммиграционными вопросами, и периодического (раз в шесть месяцев) пересмотра решений данной комиссией (вместо традиционного судебного пересмотра). Во многих отношениях созданная система административного содержания под стражей в значительной мере напоминала систему, предусмотренную Женевской конвенцией IV для гражданских лиц на время международного вооруженного конфликта<sup>7</sup>. Отступление от положений статьи 5 ЕКПЧ и часть 4 Закона 2001 года были признаны Палатой лордов Соединенного Королевства и Европейским судом по правам человека (ЕСПЧ) не соответствующими ЕКПЧ, в результате чего режим административного содержания под стражей был заменен новой системой приказов о мерах ограничения свободы в соответствии с законом 2005 года «О предотвращении терроризма»<sup>8</sup> («Закон 2005 года»).

В рамках своих операций по задержанию и содержанию под стражей предполагаемых террористов на территории Афганистана и Ирака в ходе международных и немеждународных вооруженных конфликтов, которые имели место в этих двух государствах, Соединенное Королевство внедрило

5 Несмотря на то что практика Соединенного Королевства и США является примером такого подхода, она имела место на фоне формирующейся глобальной политики борьбы с терроризмом (в том числе под эгидой Совета Безопасности ООН), в которой показательно умалчивалось о необходимости соблюдать право прав человека: Manfred Nowak and Anne Charbord, “Key Trends in the Fight Against Terrorism and Key Aspects of International Human Rights Law”, in Manfred Nowak and Anne Charbord (eds), *Using Human Rights to Counter Terrorism*, Edward Elgar, Cheltenham, 2018.

6 В течение предшествовавших этому нескольких лет новое правительство Тони Блэра уже внедрило законодательство, которое имело одни из наиболее далеко идущих последствий в Европе, в частности в области полномочий полиции и в сфере уголовного права. См.: Adam Tomkins, “Legislating Against Terror: The Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001”, *Public Law*, Summer, 2002, p. 205.

7 Подробнее о содержании режимов интернирования в соответствии с МПП, применимых в ходе международных вооруженных конфликтов, см.: Lawrence Hill-Cawthorne, *Detention in Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2016, Chapter 2.

8 *United Kingdom, A and Others v. Secretary of State for the Home Department; X and Another v. Secretary of State of the Home Department*, Judgment, [2004] UKHL 56; ECtHR, *A and Others v. UK*, Judgment (Grand Chamber), Appl. No. 3455/05, 19 February 2009. Приказы о мерах ограничения свободы тоже были впоследствии (в 2012 году) заменены «мерами предотвращения и расследования терроризма». Подробнее об этой практике Соединенного Королевства см.: D. Webber (примечание 3 выше), pp. 97–109.

режимы интернирования, которые, что не удивительно, опять же явно были основаны на режимах, применимых в соответствии с международным гуманитарным правом в международных вооруженных конфликтах. В течение следующих 20 лет лица, которые были задержаны и помещены под стражу в ходе этих конфликтов, обжаловали принятые в отношении них меры в национальных судах Соединенного Королевства (и ЕСПЧ) с помощью различных процедур, в том числе в порядке судебного пересмотра<sup>9</sup>, посредством подачи исков о нарушении прав человека<sup>10</sup>, ходатайств habeas corpus<sup>11</sup> и деликтных исков<sup>12</sup>. Соединенное Королевство с переменным успехом предпринимало попытки защититься от предъявленных претензий, приводя различные аргументы, зависящие от характера претензий: начиная с процессуальных аргументов, основанных на доктрине государственных актов королевской власти (crown act of State)<sup>13</sup>, доктрине государственных актов иностранного государства (foreign act of State) и доктрине государственного иммунитета<sup>14</sup>, и заканчивая материально-правовыми аргументами, касающимися связи между ЕКПЧ и МГП<sup>15</sup>.

Наиболее заметной взаимосвязью между борьбой с терроризмом и вооруженным конфликтом была в практике США. Как хорошо известно, после событий 11 сентября 2001 года Конгресс США принял совместную резолюцию о «разрешении на применение военной силы» (AUMF), в соответствии с которой президенту было разрешено

использовать любую необходимую и подходящую силу против тех государств, организаций или лиц, в отношении которых президентом будет установлено, что они спланировали, санкционировали, совершили или оказали помощь в совершении террористических атак, произошедших 11 сентября 2001 года, либо предоставили убежище таким организациям или лицам, — с тем чтобы предотвратить любые будущие акты международного терроризма в отношении Соединенных Штатов Америки со стороны указанных государств, организаций или лиц<sup>16</sup>.

«Разрешение на применение военной силы» используется правительством США в качестве основания для проведения военных операций на территории самых разных стран<sup>17</sup>. Кёртис Брэдли и Джек Голдсмит отметили, что

9 *R (on the Application of Abbasi) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2002] EWCA Civ 1598.

10 *R (on the Application of Al-Jedda) v. Secretary of State for Defence* [2007] UKHL 58.

11 *Rahmatullah v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2012] UKSC 48.

12 *Belhaj v. Straw* [2017] UKSC 3.

13 *Rahmatullah v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 1.

14 *Belhaj v. Straw* [2017] UKSC 3.

15 *Hassan v. UK*, Judgment (Grand Chamber), Appl. No. 29750/09, 16 September 2014; *Al-Waheed v. Ministry of Defence*; *Mohammed v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 2.

16 Public Law 107–40, 115 Stat. 224, section 2(a).

17 Tess Bridgeman, Ryan Goodman, Stephen Pomper and Steve Vladeck, “Principles for a 2021 Authorization for Use of Military Force”, *Just Security*, 5 March 2021, доступно по адресу: <https://www.justsecurity.org/74273/principles-for-a-2021-authorization-for-use-of-military-force/> (все ссылки на интернет-ресурсы приведены по состоянию на август 2021 г.).

AUMF превратилось из «разрешения использовать силу против лиц, спланировавших террористические атаки 11 сентября 2001 года из Афганистана, в универсальное основание для ведения бесконечной войны против целого ряда террористических организаций в многочисленных странах»<sup>18</sup>.

Верховный суд США подтвердил, что «необходимая и подходящая сила», применение которой разрешено посредством AUMF, предусматривает внутригосударственное юридическое основание для содержания лиц под стражей<sup>19</sup>, а Конгресс в значительной степени закрепил в законодательстве определенную администрацией Обамы сферу действия этого основания, распространив ее на лиц, которые «спланировали, санкционировали, совершили или оказали помощь в совершении террористических атак, произошедших 11 сентября 2001 года, либо предоставили убежище лицам, ответственным за эти атаки», а также на лиц, которые являются

частью «Аль-Каиды», «Талибана» (*движение, запрещенное в России. — Прим. пер.*) или связанных с ними сил, участвующих в военных действиях против Соединенных Штатов Америки или их партнеров по коалиции, либо оказывают им значительную поддержку, включая любое лицо, совершившее акт агрессии или оказавшее непосредственную поддержку таким военным действиям в помощь таким силам противника<sup>20</sup>.

Этот стандарт рассматривается в качестве основанного на «давно устоявшихся принципах права вооруженных конфликтов», предусматривающих право содержать лиц под стражей до тех пор, пока соответствующие военные действия не завершатся<sup>21</sup>. Несмотря на то что Верховный суд США распространил право habeas corpus, закрепленное в Конституции США (в оговорке о приостановлении действия habeas corpus только в исключительных случаях), на лиц, содержащихся под стражей в тюрьме в Гуантанамо<sup>22</sup>, рамки такого судебного контроля, а также критерии доказывания и процессуальные стандарты, применяемые апелляционным судом округа Колумбия, крайне затрудняют обжалование содержания под стражей<sup>23</sup>. Кроме того, апелляционный суд округа Колумбия признал законным отказ правительства распространить право habeas corpus на лиц, содержащихся под стражей в Афганистане (в пределах «активного театра военных действий»), даже если они были задержаны в других странах и перемещены в Афганистан<sup>24</sup>.

Подобная практика содержания под стражей, возникшая в США и Соединенном Королевстве после событий 11 сентября 2001 года, была обусловлена желанием частично или полностью вывести заключение лиц

18 Curtis A. Bradley and Jack L. Goldsmith, “Obama’s AUMF Legacy”, *American Journal of International Law*, Vol. 110, No. 4, 2016, p. 628.

19 *Hamdi et al. v. Rumsfeld, Secretary of Defense et al.*, 542 U.S. 507 (2004).

20 National Defense Authorization Act (NDAA) 2012, Public Law 112–81, 125 Stat. 1298, section 1021.

21 *Hamdi* (примечание 19 выше), p. 521.

22 *Boumediene v. Rumsfeld*, 553 U.S. 723 (2008).

23 Stephen I. Vladeck, “The D.C. Circuit After *Boumediene*”, *Seton Hall Law Review*, Vol. 41, No. 4, 2011, p. 1451.

24 *Maqaleh v. Gates*, 605 F.3d 84 (2010).

под стражу в рамках борьбы с терроризмом и вооруженными конфликтами за рамки традиционных правовых норм и стандартных правовых процедур. Последние десять лет наблюдается общее сворачивание этими двумя государствами своей практики проведения операций в области задержания и содержания под стражей в контексте борьбы с международным терроризмом. Однако в следующих двух разделах будет показано, что и Соединенное Королевство, и США, стремясь оправдать свою практику, по-прежнему придерживаются общего подхода, заключающегося в том, чтобы обособить содержание под стражей в рамках борьбы с терроризмом от традиционных правовых процедур. Последствием этого стало еще большее укоренение политики содержания под стражей в рамках борьбы с терроризмом, в значительной мере напоминающей содержание под стражей, связанное с международными вооруженными конфликтами, что исключает применение традиционных процессуальных стандартов и осуществление стандартного судебного контроля<sup>25</sup>.

Эта сохраняющаяся практика Соединенного Королевства и США важна как прецедент не только для этих государств, если они в будущем снова пожелают воспользоваться заключением под стражу в качестве инструмента борьбы с терроризмом, но и для других государств, которые могут воспринять такую позицию Соединенного Королевства и США как оправдывающую их собственные действия. Так, в четвертом разделе настоящей статьи будет показано, что ряд других стран в рамках своей стратегии борьбы с терроризмом действительно по-прежнему используют существующие и новые режимы административного содержания под стражей. В следующих трех разделах статьи в совокупности приводятся доказательства того, что, несмотря на заявления об обратном<sup>26</sup>, государства в контексте борьбы с терроризмом продолжают защищать и применять административное содержание под стражей, аналогичное тому, которое применимо в соответствии с МГП в международных вооруженных конфликтах. Таким образом, сложившаяся после событий 11 сентября 2001 года практика

25 Эта конкретная практика в области содержания под стражей является частью все более агрессивной стратегии борьбы с терроризмом и способствует ее применению в более широком контексте. См.: M. Nowak and A. Charbord (примечание 5 выше), p. 25 («...допросы с пристрастием, использование секретных мест содержания под стражей и захват и вывоз подозреваемых на территорию третьего государства уступили место массовому перехвату трафика технических каналов связи и более активному использованию беспилотных летательных аппаратов с оружием на борту; кроме того, государства стали привлекать к уголовной ответственности за подготовку к террористическим актам с более раннего момента, применяя меры против «экстремизма» в отсутствие каких-либо связей с насилием»).

26 См., например: Karen J. Greenberg, “Drones Strikes and the Law: From Bush-Era Detention to Obama-Era Targeted Killing”, in David Cortright, Rachel Fairhurst and Kristen Wall (eds), *Drones and the Future of Armed Conflict: Ethical, Legal, and Strategic Implications*, University of Chicago Press, Chicago, IL, 2015, pp. 74–75 (в этой работе более активное использование беспилотных летательных аппаратов с оружием на борту рассматривается как (в некоторых отношениях) замена заключению под стражу в контексте борьбы США с терроризмом); John R. Crook, “President Obama Outlines Shifts in U.S. Counterterrorism Policy”, *American Journal of International Law*, Vol. 107, No. 3, 2013, pp. 674 and 678 (работа, посвященная плану администрации Обамы «прекратить практику содержания под стражей на основании норм права о вооруженных конфликтах», заменив ее «уголовным преследованием террористов»).

использования чрезвычайных полномочий военного времени для содержания лиц под стражей, теперь применяемая по аналогии в целях борьбы с терроризмом вместо мер в рамках системы уголовного правосудия, стала нормой. С учетом этой неизменной практики в последнем разделе настоящей статьи приведены несколько новых связанных с содержанием под стражей спорных вопросов, возникающих в контексте борьбы с терроризмом, которые могут оказаться в центре дискуссий в этой области в ближайшие годы.

## **Новая практика США в отношении лиц, содержащихся под стражей в тюрьме в Гуантанамо, и оговорка о надлежащей правовой процедуре**

Черода связанных с тюрьмой Гуантанамо дел, проходящих через апелляционный суд округа Колумбия, демонстрирует, что США по-прежнему отстаивают свою основанную на нормах МПП модель содержания под стражей в рамках борьбы с терроризмом. Эти дела были рассмотрены на основании ходатайств *habeas corpus*, поданных лицами, которые требовали применить оговорку о надлежащей правовой процедуре, содержащуюся в Пятой поправке к Конституции США. Верховный суд в деле Бумедьена потребовал, чтобы содержащимся под стражей лицам было предоставлено право требовать проведения «эффективного»<sup>27</sup> пересмотра. В результате апелляционный суд округа Колумбия разработал специальные принципы доказывания и процессуальные принципы для применения в судебных процессах *habeas corpus*, связанных с тюрьмой Гуантанамо (хотя эти принципы и характеризовались некоторыми противоречиями и часто порождали споры между судьями)<sup>28</sup>. Однако применение оговорки о надлежащей правовой процедуре приблизит эти процедуры к устоявшимся нормам, которые применимы в том числе к досудебному содержанию под стражей в рамках уголовного процесса<sup>29</sup>. Важно отметить, что к оговорке о надлежащей правовой

27 *Boumediene* (примечание 22 выше), p. 783 («процедура *habeas corpus* не обязательно должна напоминать уголовное судопроизводство, даже если лицо было помещено под стражу на основании решения органа исполнительной власти. Однако судебный приказ должен быть эффективным. Суд, рассматривающий дело в рамках процедуры *habeas corpus*, должен обладать достаточными полномочиями для осуществления эффективного пересмотра как в части оснований для помещения лица под стражу, так и в части полномочий органа исполнительной власти поместить лицо под стражу»).

28 Benjamin Wittes, Robert Chesney and Rabia Benhamin, *The Emerging Law of Detention: the Guantanamo Habeas Cases as Lawmaking*, Brookings Institute, Washington, DC, 2010, доступно по адресу: <https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/06/Chesney-Full-Text-Update32913.pdf>, p. 3.

29 Joshua Alexander Geltzer, “Of Suspension, Due Process and Guantanamo: The Reach of the Fifth Amendment After *Boumediene* and the Relationship between *Habeas Corpus* and Due Process”, *Journal of Constitutional Law*, Vol. 14, 2012, p. 719 and pp. 725–734 (в работе говорится о допустимости доказательств, полученных с помощью оказания давления, критериях доказывания, праве исключать и представлять определенные доказательства и праве проводить перекрестный допрос свидетелей как о потенциальных вопросах, для которых применимость оговорки о надлежащей правовой процедуре может быть диспозитивной).



процедуре прибегают также некоторые лица, обжалующие длительный срок своего содержания под стражей на основании АУМФ, которое, являясь бессрочным содержанием под стражей на время ведения военных действий, применяется США по аналогии с режимом интернирования, применимым к военнопленным в соответствии с Женевской конвенцией III<sup>30</sup>.

Этот конституционный вопрос был поднят в трех недавних и до сих пор продолжающихся делах. В первом из них («Кассим против Трампа») апелляционный суд округа Колумбия в 2019 году признал неконституционным вывод федерального суда первой инстанции о том, что более ранним решением апелляционного суда по делу «Киемба против Обамы»<sup>31</sup> было категорически запрещено применять оговорку о надлежащей правовой процедуре к лицам, содержащимся в тюрьме в Гуантанамо, и вместо этого постановил, что единственным вопросом, который рассматривался судом в деле Киембы, был материально-правовой вопрос о том, имеют ли лица, незаконно находящиеся под стражей, право на освобождение из-под стражи в США<sup>32</sup>. Вопрос относительно применения процессуальных прав, предусмотренных оговоркой о надлежащей правовой процедуре, к слушаниям habeas corpus остался неразрешенным и был передан на новое рассмотрение в суд первой инстанции<sup>33</sup>. Конкретная претензия, предъявленная заявителем в деле Кассима, заключалась в том, что в соответствии с оговоркой о надлежащей правовой процедуре заявителю и его адвокату должен быть предоставлен доступ к засекреченным материалам, на основании которых правительство приняло решение о содержании заявителя под стражей, в том числе к доказательствам его невиновности<sup>34</sup>.

Во втором деле («Аль-Хела против Трампа») другой состав судей апелляционного суда округа Колумбия в 2020 году постановил, что ранее вынесенными решениями Верховного суда и апелляционного суда округа Колумбия действительно было установлено, что оговорка о надлежащей правовой процедуре, в том числе предусмотренные ею процессуальные права, не распространяются «на иностранцев, не имеющих имущества или присутствия на суверенной территории Соединенных Штатов Америки»<sup>35</sup>.

30 Jonathan Hafetz, “Upcoming Cases Provide Opportunities to Reassess the Application of the Due Process Clause at Guantanamo”, *Just Security*, 3 March 2021, доступно по адресу: <https://www.justsecurity.org/75106/due-process-at-guantanamo/> («более важным является то, что применение оговорки о надлежащей правовой процедуре к делам, связанным с тюрьмой в Гуантанамо, даст судьям возможность ответить на вопрос, на который они еще не отвечали и который спустя 20 лет содержания под стражей явно является наиболее подходящим и актуальным: действительно ли содержащееся под стражей лицо представляет для безопасности США столь серьезную угрозу, что его нужно продолжать держать в тюрьме»).

31 *Kiyemba v. Obama*, 555 F.3d 1022 (2009).

32 *Qassim v. Trump*, 927 F.3d 522 (2019).

33 *Ibid.*, pp. 528–529.

34 *Ibid.*, p. 530. Прежде чем задать вопрос о том, соответствует ли отказ от представления доказательств требованиям конституции, апелляционный суд пожелал сначала установить, был ли соблюден надлежащий порядок раскрытия информации.

35 *Al-Hela v. Trump*, 972 F.3d 120 (2020), p. 148. Решение по этому делу было недавно отменено, и апелляционный суд округа Колумбия удовлетворил ходатайство о возвращении дела на новое рассмотрение в пленарном заседании суда: United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, *Al-Hela v. Biden*, No. 19-5079, Order, 23 April 2021.



Заяв такую категоричную позицию, суд отклонил довод заявителя о необходимости применения к оговорке о надлежащей правовой процедуре функциональных критериев, которые были выработаны в деле Бумедьена для целей определения того, являются ли применимыми нормы конституции<sup>36</sup>. Конкретные процессуальные претензии, предъявленные заявителем в этом деле, вновь касались непредставления доказательств заявителю и его адвокату, а также использования правительством свидетельских показаний с чужих слов, что, по мнению заявителя, являлось нарушением как оговорки о приостановлении действия habeas corpus только в исключительных случаях, так и оговорки о надлежащей правовой процедуре. Помимо того, что апелляционный суд полностью отказал в применении оговорки о надлежащей правовой процедуре, он постановил, что использование свидетельских показаний с чужих слов, а также непредставление доказательств содержащимся под стражей лицам и их адвокатам (и рассмотрение этих доказательств судом с участием только стороны обвинения), таким образом, не противоречило требованию Верховного суда об осуществлении «эффективного» пересмотра в рамках habeas corpus<sup>37</sup>.

Важно отметить, что в деле Аль-Хелы материально-правовые претензии заявителя, касающиеся оснований и продолжительности его содержания под стражей, также были отклонены судом. Во-первых, в соответствии с прецедентным правом суд подтвердил, что содержание заявителя под стражей было санкционировано в соответствии с «разрешением на применение военной силы» на основании критерия «наличия более веских доказательств»<sup>38</sup>. Во-вторых, суд отклонил претензию, заключающуюся в том, что длительное содержание заявителя под стражей (с 2004 года) и явно непрекращающаяся война США с терроризмом означают, что сбывается высказанное судьей О'Коннором в деле Хамди пророчество относительно возможности подрыва аргумента о том, что «разрешение на применение военной силы» санкционирует содержание под стражей в течение всего времени, пока ведутся военные действия<sup>39</sup>. Апелляционный суд постановил, что «разрешение на применение военной силы» не ограничивает

36 *Al-Hela v Trump*, Ibid., p. 142. В деле Бумедьена были определены «по крайней мере» три фактора для установления того, имеет ли оговорка о приостановлении действия habeas corpus только в исключительных случаях экстерриториальное применение: «1) гражданство и статус содержащегося под стражей лица и адекватность процедуры, посредством которой этот статус был определен; 2) характер места, в котором произошло заключение под стражу, и места, в котором лицо в дальнейшем содержится под стражей; и 3) практические сложности, сопряженные с принятием решения относительно наличия у содержащегося под стражей лица права требовать вынесения судебного приказа habeas corpus»: *Boumediene* (примечание 22 выше), p. 766.

37 *Al-Hela* (примечание 35 выше), pp. 135–138.

38 Ibid., pp. 130–135.

39 *Hamdi* (примечание 19 выше), p. 521 («если практические обстоятельства конкретного конфликта полностью отличаются от практических обстоятельств тех конфликтов, которые повлияли на развитие права вооруженных конфликтов, это понимание [то, что “разрешение на применение военной силы” санкционирует содержание под стражей в течение всего времени, пока ведутся военные действия, исходя из “давно устоявшихся принципов права вооруженных конфликтов”] может быть подорвано»).

по времени полномочия президента в части содержания под стражей комбатантов противника... Правительство заявляет, что война с терроризмом представляет собой непрекращающийся конфликт, сопровождающийся боевыми операциями США и их союзников за границей. Суды не обладают полномочиями или компетенцией для принятия решения относительно того, когда именно военные действия прекратились. «Прекращение» военных действий — это «политический акт»<sup>40</sup>.

Заявитель также предпринял попытку обжаловать бессрочное содержание его под стражей как нарушающее его материальные права, предусмотренные оговоркой о надлежащей правовой процедуре, однако эта попытка не увенчалась успехом ввиду сделанных судом выводов относительно сферы применения этой оговорки<sup>41</sup>.

В третьем деле («Али против Трампа/Байдена») Верховный суд в мае 2021 года отклонил ходатайство об истребовании дела из производства нижестоящего суда, после того как апелляционный суд округа Колумбия в 2020 году отказал в удовлетворении ходатайства, поданного заявителем в рамках процедуры *habeas corpus*<sup>42</sup>. Как и в деле Аль-Хелы, заявитель в деле Али, обжалуя свое содержание под стражей, сослался как на материально-правовые, так и на процессуальные аспекты оговорки о надлежащей правовой процедуре. Несмотря на то что после дела Кассима и не так, как в деле Аль-Хелы, апелляционный суд посчитал категорический отказ суда первой инстанции применить оговорку о надлежащей правовой процедуре к узникам Гуантанамо «безосновательным»<sup>43</sup>, учитывая более продуманные отсылки Верховного суда в деле Бумедьена на различные элементы, которые могут способствовать «эффективному» пересмотру<sup>44</sup>, апелляционный суд по этим же причинам не согласился с позицией заявителя, которую он посчитал «повальным» применением оговорки о надлежащей правовой процедуре к Гуантанамо<sup>45</sup>. Постановив, что у него отсутствует необходи-

40 *Al-Hela* (примечание 35 выше), р. 135 («...до тех пор пока имеющиеся данные показывают, что вооруженные силы Соединенных Штатов Америки участвуют в борьбе с “Аль-Каидой”, “Талибаном” или связанными с ними силами, у нас нет оснований строить догадки относительно основополагающих решений о войне и мире, принимаемых политическими ветвями власти»).

41 *Ibid.*, р. 140 («у нас нет необходимости оценивать, четко ли Аль-Хела сформулировал право на надлежащую правовую процедуру, которое может быть предметом рассмотрения в суде, поскольку давний прецедент исключает возможность приведения довода о том, что требование о справедливом судебном разбирательстве “с надлежащим соблюдением норм материального права” распространяется на дела, связанные с тюрьмой в Гуантанамо»).

42 *Ali v. Biden*, \_\_\_ S Ct\_\_\_ (17 May 2021); *Ali v. Trump*, 959 F.3d 364 (2020).

43 *Ali* (примечание 42 выше), р. 368.

44 *Boumediene* (примечание 22 выше), р. 783.

45 *Ali* (примечание 42 выше), pp. 368–369 («...в целом дела Бумедьена и Кассима демонстрируют, что вопрос о том, какими именно закрепленными в Конституции процессуальными гарантиями регулируется рассмотрение судами ходатайств *habeas corpus*, поданных лицами, содержащимися в тюрьме в Гуантанамо, должен анализироваться с последовательным рассмотрением поднятых проблем и с применением функционального подхода, сформулированного в деле Бумедьена. Те гибкость и глобальное применение, о которых речь идет в решении по делу Али, не учитывают уникальный контекст и баланс интересов, необходимые согласно решению по делу Бумедьена при осуществлении пересмотра решений о содержании под стражей иностранных граждан, захваченных в ходе продолжающихся военных действий»).

мость дать ответ на конституционный вопрос<sup>46</sup>, суд оценил каждую из материально-правовых и процессуальных претензий заявителя и посчитал, что оговорка о надлежащей правовой процедуре, даже если бы она и была применима, была бы для заявителя бесполезной.

Особый интерес здесь представляет то, что суд сказал о продолжительности содержания Али под стражей. Во-первых, суд постановил, что требование о справедливом судебном разбирательстве с надлежащим соблюдением норм материального права само по себе не запрещает очень продолжительное содержание под стражей, которому подвергся заявитель, в частности ввиду выводов, сделанных Комиссией по периодическому пересмотру, о том, что заявитель по-прежнему представляет угрозу<sup>47</sup>. Во-вторых, суд отклонил процессуальную претензию Али в том, что продление содержания его под стражей означает, что правительство должно теперь представить четкие и убедительные доказательства, подтверждающие, что от заявителя по-прежнему исходит конкретная угроза<sup>48</sup>. В обоснование своего довода о том, что правительство должно теперь в силу продолжительного содержания его под стражей придерживаться более строгих стандартов, Али сослался на решение Верховного суда по делу Расаула<sup>49</sup>. Суд, однако, постановил, что тем решением была признана возможность очень длительного содержания под стражей на основании «разрешения на применение военной силы», не учтя то обстоятельство, что это влияет на стандарты, которые должны быть применены при осуществлении пересмотра<sup>50</sup>. Суд далее отметил следующее:

Действительно, Али соглашается с тем, что, если бы военные действия, санкционированные «разрешением на применение военной силы», представляли собой более традиционный тип войны, которая продолжается в течение того же периода времени, в отношении оставления

46 См. также: *Ali* (примечание 42 выше), совпадающее мнение судьи Рэндольфа (в котором указывается на то, что суду следовало, изучив прецеденты Верховного суда и апелляционного суда округа Колумбия, удостовериться в том, что оговорка о надлежащей правовой процедуре не распространяется на узников Гуантанамо).

47 *Ali* (примечание 42 выше), pp. 369–371. Следует отметить, что в несекретном резюме последнего по времени полного пересмотра, проведенного Комиссией по периодическому пересмотру (объемом в 111 слов), просто повторяется описание функций, которые раньше выполнял Али, и указывается на то, что он не представил никаких доказательств того, что он более не представляет угрозы для безопасности: Periodic Review Board, *Unclassified Summary of Final Determination for Detainee ISN 685*, 28 February 2019, доступно по адресу: [https://www.prs.mil/Portals/60/Documents/ISN685/SubsequentReview1/20190228\\_U\\_ISN\\_685\\_FINAL\\_DETERMINATION\\_PUBLIC.pdf](https://www.prs.mil/Portals/60/Documents/ISN685/SubsequentReview1/20190228_U_ISN_685_FINAL_DETERMINATION_PUBLIC.pdf). В несекретных материалах, представленных правительством в рамках последнего по времени пересмотра дела Али, просто были повторно описаны ранее выполнявшиеся им функции: Periodic Review Board, *Government's Unclassified Summary for Detainee ISN AG-685*, 14 November 2020, доступно по адресу: [https://www.prs.mil/Portals/60/Documents/ISN685/FileReview8/201214\\_U\\_FOUO\\_ISN685\\_FR8\\_Detainee%20Summary\\_UPR.pdf](https://www.prs.mil/Portals/60/Documents/ISN685/FileReview8/201214_U_FOUO_ISN685_FR8_Detainee%20Summary_UPR.pdf).

48 *Ali* (примечание 42 выше), p. 372.

49 *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466, 488 (2004) («...поскольку срок содержания под стражей истиссялся сначала несколькими месяцами, а затем несколькими годами, аргументы в пользу оставления заявителя под стражей в силу настоятельной военной необходимости ослабевают»).

50 *Ali* (примечание 42 выше), pp. 372–373.

его под стражей нельзя было бы предъявить возражений, основанных на требовании о справедливом судебном разбирательстве с надлежащим соблюдением норм материального права... При этом Али не ссылается ни на какие источники права, которые бы указывали на то, что те военные действия, которые ведут комбатанты противника, изменяют регулируемую правом вооруженных конфликтов санкцию на оставление их под стражей, в особенности в тех случаях, когда (как в рассматриваемом деле) правительство пришло к заключению о том, что Али по-прежнему представляет угрозу<sup>51</sup>.

Таким образом, как в деле Аль-Хелы, так и в деле Али апелляционный суд отклонил претензии относительно того, что существенная продолжительность и бессрочный характер содержания заявителей под стражей сами по себе делают их содержание под стражей противоречащими конституции (будь то на основании оговорки о приостановлении действия habeas corpus только в исключительных случаях или на основании оговорки о надлежащей правовой процедуре). В деле Аль-Хелы суд сфокусировался на аспектах национальной конституции, связанных с разделением властей, посчитав прекращение военных действий «политическим» актом, который относится к исключительной компетенции исполнительной власти. В деле Али, с другой стороны, из вышеприведенной цитаты следует, что суд считает столь продолжительное содержание под стражей соответствующим нормам международного гуманитарного права, отметив, что МГП не указывает в данном деле на какие-либо отличия, которые зависели бы от характера конфликта. В своих недавних возражениях в отношении ходатайства Али о передаче дела из производства нижестоящего суда в Верховный суд администрация Байдена повторяет этот аргумент:

Ни прецедентное право, ни здравый смысл не говорят о том, что полномочия правительства по содержанию лиц под стражей должны прекратиться просто потому, что военные действия являются продолжительными... Риск того, что комбатант вернется на поле боя, сохраняется до тех пор, пока продолжаются активные военные действия, а заявитель не оспаривает, что в данном случае они продолжаются... Установление опасности конкретного лица никогда не было обязательным условием содержания комбатантов противника под стражей<sup>52</sup>.

Однако позиция по этому вопросу в соответствии с МГП на самом деле зависит от характера конфликта. Несмотря на то что в международных вооруженных конфликтах действительно существует презумпция интернирования комбатантов в течение всего периода ведения военных действий<sup>53</sup>, в немеждународных вооруженных конфликтах такая презумпция

51 *Ali* (примечание 42 выше), p. 373.

52 *Ali v. Biden*, Supreme Court of the United States, No. 20-888, Brief for the Respondents in Opposition, April 2021, pp. 21–22. См. также: *Awad v. Obama*, 608 F.3d 1 (2010), p. 11.

53 Женевская конвенция (III) об обращении с военнопленными от 12 августа 1949 г. (вступила в силу 21 октября 1950 г.), ст. 21 и 118.

неприменима<sup>54</sup>. И для этого имеются веские причины. Как мною было показано в других работах, лежащие в основе этой презумпции принципы, применяемые к участникам вооруженных сил государств в международных вооруженных конфликтах, не применяются к негосударственным вооруженным группам, в связи с чем нельзя проводить аналогии с режимом интернирования для комбатантов/военнопленных<sup>55</sup>. Действительно, учитывая, что определить точные контуры вооруженных групп и понять, кто входит в их состав, зачастую непросто<sup>56</sup>, а государства для установления того, является ли то или иное лицо участником вооруженной группы, применяют функциональные критерии<sup>57</sup>, презумпция того, что содержание под стражей лиц, имеющих такой «статус», необходимо в течение всего периода ведения военных действий, не в достаточной степени учитывает все нюансы<sup>58</sup>. Так же как и факт участия в вооруженной группе, факт выхода из нее зачастую устанавливается в соответствии с функциональными, а не формальными критериями<sup>59</sup>. В контексте продолжающейся войны США с терроризмом уже давно признано, что, учитывая чрезвычайно расплывчатые контуры соответствующего конфликта и участвующих в нем сторон, необходимость оценивать потребность в продолжающемся содержании под стражей на основе определения угрозы, представляемой конкретным лицом, а не исходить из презумпции такой потребности, руководствуясь «статусом» данного лица в течение всего периода ведения военных действий, является еще более актуальной<sup>60</sup>. Именно это ограничение остается основной проблемой при осуществлении судом пересмотра в рамках процедуры *habeas corpus* в отношении узников Гуантанамо, поскольку оно обуславливает полномочия суда по освобождению лица из-под стражи на основании сделанного исполнительной властью вывода о прекращении конфликта. Несмотря на то что Комиссия по периодическому пересмотру, теоретически, оценивает, насколько необходимо продолжать содержать конкретное лицо под стражей по соображениям безопасности, она лишь дает рекомен-

54 L. Hill-Cawthorne (примечание 7 выше), pp. 95–98 (где продемонстрировано, что запрет на произвольное лишение свободы, основанный на общей для четырех Женевских конвенций статье 3, в обязательном порядке требует освобождения, если (установленные в индивидуальном порядке) обстоятельства, ставшие причиной интернирования по соображениям безопасности, перестали существовать).

55 Ibid., pp. 230–234.

56 Мельцер, Нильс. Непосредственное участие в военных действиях. Руководство по толкованию понятия в свете международного гуманитарного права. МККК, 2009, доступно по адресу: <https://shop.icrc.org/interpretive-guidance-on-the-notion-of-direct-participation-in-hostilities-under-international-humanitarian-law-pdf-ru.html>, с. 37.

57 В части заключения лиц под стражу на основании «разрешения на применение военной силы» см.: *Gherebi v. Obama*, 609 F. Supp. 2d 43 (2009), pp. 68–70. В части проведения целенаправленных атак см. описание функционального подхода МККК: Мельцер, Н., там же, с. 32–34.

58 Подробнее о некоторых проблемах, связанных с индивидуализированным и основанном на статусе подходах к содержанию лиц под стражей в ходе конфликтов с негосударственными группами, см.: John B. Bellinger III and Vijay M. Padmanabhan, “Detention Operations in Contemporary Conflicts: Four Challenges for the Geneva Conventions and Other Existing Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 105, No. 2, 2011, p. 201 and pp. 220–221.

59 См., например: *Basardh v. Obama*, 612 F. Supp. 2d 30 (2009).

60 J. B. Bellinger and V. M. Padmanabhan (примечание 58 выше), pp. 228–233.

дацию министру обороны<sup>61</sup>, а Конгресс в последние годы существенно ограничивает возможность перевода заключенных из тюрьмы в Гуантанамо<sup>62</sup>.

Эти последние дела показывают, что, невзирая на то, что с момента открытия тюрьмы в Гуантанамо для размещения в ней лиц, захваченных в ходе войны США с терроризмом, прошло почти 20 лет, правовой подход, применяемый судами и правительством в отношении содержащихся в этой тюрьме лиц, остается фундаментально почти неизменным. Во-первых, пресловутая и подвергающаяся резкой критике концепция «войны с терроризмом» по-прежнему лежит в основе нормативно-правовой базы, под которую подпадают лица, содержащиеся в Гуантанамо, и была напрямую применена апелляционным судом округа Колумбия в деле Аль-Хелы<sup>63</sup>. Во-вторых, презумпция бессрочного административного содержания под стражей в течение всего периода ведения военных действий остается ключевым элементом политики США в области заключения и содержания под стражей, несмотря даже на то, что идея непрекращающихся военных действий против того или иного определенного противника уже давно исчезла. В-третьих, попытки приблизить процедуру habeas corpus к традиционным судебным процедурам с точки зрения критериев доказывания и процессуальных стандартов с помощью расширения сферы действия оговорки о надлежущей правовой процедуре по-прежнему встречают сопротивление. Так, в деле Али администрация Байдена в своих возражениях в отношении ходатайства о передаче дела из производства нижестоящего суда в Верховный суд заняла по этому вопросу позицию, практически идентичную позиции, которую на более ранних этапах дела занимала администрация Трампа<sup>64</sup>.

Это не значит, что какой-либо прогресс отсутствует. Напротив, в течение первого десятилетия Верховный суд способствовал появлению для лиц, содержащихся под стражей в Гуантанамо, хоть какой-то процедуры, в результате чего подавляющее большинство заключенных уже были переведены из Гуантанамо<sup>65</sup>. Кроме того, имеют место некоторые подвижки в том, чтобы передать лиц, захваченных в последние годы в рамках войны США с терроризмом, в юрисдикцию традиционных уголовных судов<sup>66</sup>.

61 NDAA 2012 (примечание 20 выше), section 1023(b). Подробнее о критике процедуры Комиссии по периодическому пересмотру см.: Dru Brenner-Beck, "Eighteen Years of Detention at Guantánamo Bay: Compliance with International Law or the Specter of Tyranny", *American University International Law Review*, Vol. 35, No. 4, 2020, p. 671 and pp. 724–726.

62 Benjamin R. Farley, "A Path for Renewing Guantanamo Closure", *Just Security*, 17 November 2020, доступно по адресу: <https://www.justsecurity.org/73311/a-path-for-renewing-guantanamo-closure/>.

63 *Al-Hela* (примечание 35 выше), p. 135.

64 *Ali v. Biden*, Brief for the Respondents in Opposition (примечание 52 выше); см. также: *Ali v. Trump*, Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, No. 18-5297, Brief for Respondents, July 2019. В материалах, представленных в апелляционный суд администрацией Байдена, утверждалось, что если суд считает необходимым вынести решение по вопросу о соответствии конституции, ему следует вынести решение не в пользу заявителя: *ibid.*, pp. 29–39.

65 По состоянию на ноябрь 2020 г. в тюрьме в Гуантанамо остаются 40 человек: B. R. Farley (примечание 62 выше).

66 См., например: Luke Hartig, "Prosecuting the ISIS 'Beatles': A Testament to Dedicated US Government Professionalism", *Just Security*, 9 October 2020, доступно по адресу: <https://www.justsecurity.org/72764/prosecuting-the-isis-beatles-a-testament-to-dedicated-us-government-professionalism/>;



Однако продолжающиеся отказы распространить на узников Гуантанамо более традиционную нормативно-правовую базу и продолжающееся использование ненадлежащих режимов, аналогичных тем, что в соответствии с МГП применяются к интернированию комбатантов в международных вооруженных конфликтах, показывают, насколько глубоко эти прецеденты укоренены в политике США в области борьбы с терроризмом. Кроме того, хотя в самих США происходит постепенное сворачивание практик содержания лиц под стражей в рамках борьбы с терроризмом, существует риск того, что созданные США прецеденты легитимизируют аналогичные практики, сохраняющиеся в других государствах, что и будет продемонстрировано далее в настоящей статье.

### **Соединенное Королевство: новая судебная практика в отношении заграничных операций в области задержания и содержания под стражей**

В практике Соединенного Королевства можно также заметить неизменность ранее сформировавшегося подхода, который был применен в последних рассмотренных судами делах, что опять же создает определенные вызывающие обеспокоенность прецеденты для других государств. В то время как в США большинство судебных процессов были начаты на основании ходатайств *habeas corpus*, поданных лицами, содержащимися в тюрьме в Гуантанамо, в Соединенном Королевстве судебные процессы по большей части инициируются на основании публично-правовых исков (в основном в соответствии с законом «О правах человека») и частноправовых исков, подаваемых лицами, содержащимися под стражей в Ираке и Афганистане. Цель этого раздела — не в том, чтобы описать эти дела, о которых много говорится в других работах, а в том, чтобы обратить внимание на два аспекта. Во-первых, правительство Соединенного Королевства, как и правительство США в ходе своей «войны с терроризмом», продолжает утверждать, что его операции в области задержания и содержания под стражей в контексте военных действий в Ираке и Афганистане должны оцениваться судами в рамках международного гуманитарного права, а не в рамках какого-либо традиционного правового режима. Во-вторых, прецеденты Верховного суда Соединенного Королевства в этой сфере создали реальный риск того, что режимы интернирования, применимые в международных вооруженных конфликтах, могут быть применены и в ситуациях, которые выходят за рамки вооруженного конфликта (международного или немеждународного) и должны регулироваться более строгими стандартами в области прав человека.

Bruce K. Miller, “No Virtue in Passivity: The Supreme Court and Ali Al-Marri”, *Western New England Law Review*, Vol. 33, 2011, p. 697 (о желании администрации Обамы преследовать в уголовном порядке как Умара Фарука Абдулмуталлаба, так и Халида Шейха Мохаммеда в гражданских судах).



Что касается первого из указанных аспектов, правительство Соединенного Королевства пыталось исключить как применение национального законодательства о habeas corpus, так и необходимость соблюдать свои обязательства, предусмотренные ЕКПЧ, в рамках своих отношений с лицами, содержащимися под стражей в Афганистане и Ираке. Относительно habeas corpus правительство Соединенного Королевства, как и правительство США, утверждает, что суды Соединенного Королевства не обладают юрисдикцией для рассмотрения ходатайств habeas corpus от военнопленных, которые содержатся под стражей в Ираке и Афганистане<sup>67</sup>. Однако в отличие от судов США, которые отклоняют ходатайства habeas corpus, подаваемые лицами, содержащимися под стражей в зонах конфликтов<sup>68</sup>, Верховный суд Соединенного Королевства постановил, что никаких препятствий для распространения процедуры habeas corpus на таких лиц, находящихся за границей, но под контролем Соединенного Королевства, не существует<sup>69</sup>. Верховный суд Соединенного Королевства подходит к этому вопросу иным образом, нежели Верховный суд США, ставя вопрос не о том, осуществляет ли государство достаточный контроль над соответствующей территорией, что оправдывало бы вынесение судом приказа habeas corpus, а о том, находится ли конкретное лицо под (фактическим или потенциальным) контролем государства<sup>70</sup>. Это важно для тех лиц, которые удерживаются Соединенным Королевством под стражей за границей в любой ситуации, вне зависимости от существования вооруженного конфликта.

Что касается ЕКПЧ, то, как хорошо известно, Соединенному Королевству в деле «Хассан против Соединенного Королевства» впервые в практике ЕСПЧ удалось доказать, что статья 5 ЕКПЧ была во время международного вооруженного конфликта изменена нормами МГП<sup>71</sup>. Впоследствии, в ходе внутригосударственного судебного спора по поводу операций в области задержания и содержания под стражей, проводимых в Афганистане, Соединенное Королевство предприняло попытку распространить этот аргумент на немеждународные вооруженные конфликты<sup>72</sup>. Однако он был отклонен Высоким судом и Апелляционным судом<sup>73</sup>. Большинство судей Верховного суда Соединенного Королевства согласились с правительством в том, что (предусмотренные в Женевской конвенции IV) основания и процедуры, признанные Страсбургским судом в деле Хассана приемлемыми

67 *Al-Waheed* (примечание 15 выше), para. 100 (Lord Sumption).

68 *Maqaleh* (примечание 24 выше).

69 *Al-Waheed* (примечание 15 выше), paras 99–103 (Lord Sumption); *Rahmatullah* (примечание 11 выше).

70 Tatyana Eatwell, “Selling the Pass: Habeas Corpus, Diplomatic Relations and the Protection of Liberty and Security of Persons Detained Abroad”, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 62, No. 3, 2013, p. 727 and pp. 737–738.

71 *Hassan* (примечание 15 выше).

72 *Al-Waheed* (примечание 15 выше), para. 241 (Lord Reed).

73 *Serdar Mohammed v. Ministry of Defence* [2014] EWHC 1369 (QB); *Serdar Mohammed et al. v. Secretary of State for Defence* [2015] EWCA Civ 843.

для целей соблюдения статьи 5 ЕКПЧ в международных вооруженных конфликтах, приемлемы также и в случае немеждународного вооруженного конфликта в Афганистане. Однако они согласились с этим, руководствуясь не нормами МГП, а соответствующими резолюциями Совета Безопасности ООН, которые они посчитали представляющими собой достаточное правовое основание для содержания лиц под стражей<sup>74</sup>.

Министерство обороны Соединенного Королевства впоследствии внесло изменения в свою политику в области содержания под стражей с учетом решения лорда Сампшена по делу Аль-Вахида/Мохаммеда, в котором он постановил, что процедуры пересмотра решений о содержании под стражей, применяемые в Афганистане, не соответствуют статье 5(4) ЕКПЧ, даже если требования этой нормы толковать ограничительно<sup>75</sup>. Так, в 2020 году политика Министерства обороны в области содержания под стражей была пересмотрена, в результате чего был создан новый орган (Управление по пересмотру решений о содержании под стражей), отдельный от органа, принимающего решения о содержании под стражей, и не подчиняющийся ему; этот новый орган вправе по результатам первоначальной и периодических (раз в шесть месяцев) проверок принимать решения об освобождении лиц из-под стражи<sup>76</sup>. Это, несомненно, помогло снять некоторые опасения, возникшие в связи с ранее существовавшей процедурой, однако согласно новой политике Управление по пересмотру решений о содержании под стражей может состоять из единственного облеченного властью лица, что противоречит МГП<sup>77</sup>.

Измененная политика применяется ко всем лицам, помещенным Соединенным Королевством под стражу в качестве профилактической меры по соображениям безопасности (за исключением военнопленных) в ходе любого вооруженного конфликта (как международного, так и немеждународного). Однако аргументация лорда Сампшена в деле Аль-Вахида, как представляется, не ограничивается вооруженными конфликтами. Напротив, с тем чтобы преодолеть проблему совершенно разных обстоятельств, которые имели место в делах Хассана и Аль-Вахида (а именно, то, что в первом из этих дел суд смог опереться на нормы Женевской конвенции IV, регулирующие интернирование гражданских лиц в международных вооруженных конфликтах, чего ему не удалось сделать во втором деле ввиду скудости норм, применимых к немеждународным вооруженным конфликтам), лорд Сампшен, по всей видимости, истолковал судебное решение

74 *Al-Waheed* (примечание 15 выше), para. 30 (Lord Sumption).

75 *Ibid.*, paras 104–109 (Lord Sumption) (где постановляется, что процедуры, применяемые Соединенным Королевством, не соответствуют требованиям к беспристрастности и справедливой процедуре, изложенным ЕСПЧ в деле Хассана).

76 Ministry of Defence, *Joint Doctrine Publication 1–10: Captured Persons*, 4th ed., Development, Concept, and Doctrines Centre, 2020, paras 1B.9–1B.40.

77 Подробнее о необходимости того, чтобы в контексте пересмотра решений об интернировании гражданских лиц в соответствии с Женевской конвенцией IV в состав ответственного за пересмотр органа входило несколько человек, см.: L. Hill-Cawthorne (примечание 7 выше), p. 53.

по делу Хассана как определяющее общее минимальное содержание для статьи 5 ЕКПЧ, отступление от которого не является необходимым:

Очевидным, по моему мнению, является то, что [Большая палата] сочла обязанность по пересмотру, предусмотренную статьями 43 и 78 Четвертой конвенции, некоей моделью минимального стандарта пересмотра, требуемого для того, чтобы содержание под стражей не считалось произвольным. [Большая палата] применяла этот стандарт не только в делах, к которым указанные статьи непосредственно применимы, но и в других делах<sup>78</sup>.

Такой вывод крайне далек от четкой позиции, изложенной Большой палатой:

Статья 5 может быть истолкована как допускающая осуществление столь широких полномочий только в случаях международного вооруженного конфликта, в которых захват военнопленных и содержание под стражей гражданских лиц, представляющих угрозу для безопасности, являются признанными особенностями международного гуманитарного права<sup>79</sup>.

Подход, примененный лордом Сампшеном, создает реальный риск того, что ограниченные процессуальные гарантии, предусмотренные Женевской конвенцией IV для интернированных гражданских лиц, будут рассматриваться в качестве общеприменимых стандартов, достаточных для соблюдения статьи 5(4) ЕКПЧ при любых обстоятельствах, в том числе вне рамок вооруженного конфликта. Очевидно, что этот подход аналогичен тому, который используется правительством и федеральными судами США при интерпретации полномочий властей США в области задержания и содержания под стражей на основании «разрешения на применение военной силы» со ссылкой на то, что является допустимым в соответствии с правом международных вооруженных конфликтов. В других своих работах я утверждал, что философия МГП с его презумпцией необходимости должна сделать нас крайне осторожными по поводу любых попыток расширить нормы МГП (будь то в отношении немеждународных вооруженных конфликтов или в целом ситуаций, выходящих за пределы вооруженных конфликтов) способом, который может считаться автоматически изменяющим нормы международного права прав человека<sup>80</sup>. Вместо этого предпочтение должно быть отдано требованию, чтобы государства отступали от норм международного права прав человека, тем самым демонстрируя фактическую необходимость отказа от соблюдения обычно применимых правовых стандартов. Опять же, это создает риск возникновения прецедента, который может повлиять на другие государства в части распространения ими режимов содержания под стражей на основании МГП также и на содержание лиц

78 *Al-Waheed* (примечание 15 выше), para. 66 (Lord Sumption).

79 *Hassan* (примечание 15 выше), para. 104.

80 Lawrence Hill-Cawthorne, "The Role of Necessity in International Humanitarian and Human Rights Law", *Israel Law Review*, Vol. 47, No. 2, 2014, p. 225.

под стражей в рамках борьбы с терроризмом вне рамок вооруженного конфликта. В следующем разделе мы как раз перейдем к тем другим государствам, которые по-прежнему используют административное содержание под стражей в целях борьбы с терроризмом.

## Новые примеры законов об административном содержании под стражей

В то время как США и Соединенное Королевство в последние годы постепенно сворачивали свои операции в области задержания и содержания под стражей, которые они начали после событий 11 сентября 2001 года, во многих других государствах административное содержание под стражей остается одним из основных инструментов борьбы с терроризмом. В частности, в контексте борьбы с терроризмом мы в последнее время наблюдали, как некоторые государства принимали новые национальные законы, допускающие административное содержание под стражей, другие — применяли или расширяли сферу действия существующего национального законодательства, допускающего административное содержание под стражей, а третьи — использовали расширенные формы досудебного содержания под стражей в делах о терроризме, на практике иногда неотличимые от административного содержания под стражей. В этом разделе вкратце рассматриваются примеры по каждой из указанных групп государств, с тем чтобы продемонстрировать, что многие государства в своей борьбе с терроризмом продолжают применять режимы административного содержания под стражей. В совокупности с предыдущими разделами, в которых было показано, что США и Соединенное Королевство по-прежнему отстаивают концепцию административного содержания под стражей в целях борьбы с терроризмом, эти примеры подтверждают, что такие формы содержания под стражей остаются заметным элементом политики в области борьбы с терроризмом по всему миру.

В качестве примера государства, недавно принявшего новый национальный закон, допускающий административное содержание под стражей, можно назвать Малайзию, в которой законодательство о содержании под стражей в превентивных целях существует уже длительное время<sup>81</sup>. В частности, ее противоречивый закон 1960 года «О внутренней безопасности» (ЗВБ) предусматривал возможность бессрочного административного содержания под стражей и действовал до момента его отмены в 2012 году. Однако вскоре после отмены ЗВБ, в 2015 году, в Малайзии был принят новый закон «О предотвращении терроризма» (ЗПТ)<sup>82</sup>, которым были вновь предусмотрены полномочия на принятие решений о (по сути, бессрочном) административном содержании под стражей вне рамок системы

81 M. Ehteshamul Bari and Safia Naz, *The Use of Preventive Detention Laws in Malaysia: A Case for Reform*, Springer, Singapore, 2020.

82 Prevention of Terrorism Act — Act 769 (2015) (POTA).

уголовного правосудия<sup>83</sup> и который в некоторых отношениях является еще более драконовским, чем ЗВБ<sup>84</sup>. В соответствии с ЗПТ, принятым в ответ на угрозу со стороны организации «Исламское государство» (*организация запрещена в России. — Прим. пер.*) и возвращающихся на родину малазийских боевиков, лицо, которое подозревается в участии в террористических актах или оказании поддержки террористическим актам, в которые вовлечены признанные таковыми террористические организации, за границей, может быть помещено под стражу первоначально на срок до шестидесяти дней<sup>85</sup>. Затем следователь (назначенный министром) дает рекомендацию Комиссии по вопросам предотвращения терроризма (КВПТ), в состав которой входят обладающие опытом в юридической сфере лица, назначенные королем<sup>86</sup>. КВПТ вправе вынести решение о заключении лица под стражу на срок до двух лет, если она убедится в том, что это лицо «принимало или принимает участие в совершении террористических актов или оказании поддержки террористическим актам, в которые вовлечены признанные таковыми террористические организации, в иностранном государстве или любой части иностранного государства», и если «она убедится в том, что это необходимо в интересах безопасности Малайзии»<sup>87</sup>. КВПТ вправе впоследствии продлевать срок действия решения о заключении под стражу каждый раз максимум на два года, без ограничения по количеству таких продлений<sup>88</sup>. При этом не существует никаких четко прописанных процедур или стандартов надлежащей правовой процедуры, которые регулировали бы принятие КВПТ решений, а подозреваемые лишены права на доступ к адвокату. Содержащееся под стражей лицо может давать объяснения Консультативному совету, созданному в соответствии с Конституцией Малайзии, однако его члены тоже назначаются королем, а его рекомендации не имеют юридической силы<sup>89</sup>. Закон 2015 года также содержит положение, лишшающее любые суды полномочий по пересмотру решений КВПТ<sup>90</sup>.

ЗПТ, так же как и другие законы страны, предусматривающие возможность продолжительного содержания лиц под стражей в делах о терро-

83 В Малайзии у правоохранительных органов также имеются различные уголовно-правовые полномочия, которые часто используются для заключения под стражу лиц, подозреваемых в терроризме, до предъявления им официального обвинения. Например, в соответствии с законом «О преступлениях против государственной безопасности (специальных мерах)» (Security Offences (Special Measures) Act — Act 747 (2012) (SOSMA)) лица, подозреваемые в совершении так называемых преступлений против государственной безопасности, могут быть заключены под стражу до предъявления им официального обвинения на более длительный срок, составляющий 28 дней (вместо обычных 14 дней): SOSMA, *ibid.*, section 4.

84 Safia Naz and M. Ehteshamul Bari, “The Enactment of the Prevention of Terrorism Act, 2015 in Pursuance of the Constitution of Malaysia: Reincarnation of the Notorious Internal Security Act, 1960?”, *Suffolk Transnational Law Review*, Vol. 41, No. 1, 2018, p. 1.

85 POTA (примечание 82 выше), section 4.

86 *Ibid.*, section 8.

87 *Ibid.*, section 13(1)(b).

88 *Ibid.*, section 17.

89 *Ibid.*, section 13(9). Подробнее о недостатках Консультативного совета см.: S. Naz and M. E. Bari (примечание 84 выше), pp. 13–14.

90 *Ibid.*, section 19.

ризме, по-прежнему используются правительством Малайзии; так, в августе 2020 года сообщалось, что в стране в соответствии с законодательством о национальной безопасности под стражу были помещены 1032 человека без проведения судебного процесса<sup>91</sup>. Негосударственные правозащитные организации подвергают законодательство Малайзии в области борьбы с терроризмом жесткой критике из-за его очевидного отступления от обычно применимых стандартов в области прав человека, касающихся права на свободу и судебного пересмотра решений о содержании лица под стражей<sup>92</sup>. ЗПТ отражает режим административного содержания под стражей в самом точном смысле этого понятия, допуская бессрочное содержание под стражей на основании существования угроз для безопасности, вне рамок системы уголовного правосудия, по решению органа исполнительной власти и с полным контролем с его стороны, без возможности обратиться в суд. Этот режим очень похож на режим интернирования, предусмотренный Женевской конвенцией IV для международных вооруженных конфликтов, хотя отсутствие независимой процедуры пересмотра, в рамках которой могло бы быть принято решение об освобождении из-под стражи, означает, что существующий в Малайзии режим не соответствовал бы даже режиму интернирования, установленному ЖК IV, если бы он был применим<sup>93</sup>.

Шри-Ланка — пример государства, которое в рамках своей сохраняющейся стратегии борьбы с терроризмом продолжает применять давно принятые национальные нормы законодательства об административном содержании под стражей (и даже расширило сферу их применения). Закон «О предотвращении терроризма» (ЗПТ) 1979 года, принятый на фоне конфликта правительства страны с сепаратистами, включая повстанческое движение «Тигры освобождения Тамил-Илама» (ТОТИ), предусматривает режим административного содержания под стражей, весьма схожий с тем, который предусмотрен аналогичным законом в Малайзии. В соответствии с ЗПТ заключение под стражу допускается на срок до 18 месяцев, «если у министра имеются основания полагать или подозревать, что [лицо] связано с какой-либо незаконной деятельностью или вовлечено в нее»; при этом предусмотрен административный, а не судебный пересмотр таких решений<sup>94</sup>. Несмотря на прекращение конфликта с ТОТИ в 2009 году, последующие правительства страны продолжают удерживать подозревае-

91 U.S. Department of State, *2020 Country Reports on Human Rights Practices: Malaysia*, 30 March 2021, доступно по адресу: <https://www.state.gov/reports/2020-country-reports-on-human-rights-practices/malaysia/>, section 1.D.

92 Human Rights Watch (HRW), *Malaysia: Repeal Abusive Security Law: SOSMA Denies Right to Fair Trial*, 31 October 2019, доступно по адресу: <https://www.hrw.org/news/2019/10/31/malaysia-repeal-abusive-security-law>; Amnesty International, *Malaysia: New Anti-Terrorism Law a Shocking Onslaught Against Human Rights*, 7 April 2015, доступно по адресу: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2015/04/malaysia-new-anti-terrorism-law-a-shocking-onslaught-against-human-rights/>.

93 L. Hill-Cawthorne (примечание 7 выше), pp. 54–55.

94 Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act, No. 48 of 1979, section 9; L. Hill-Cawthorne (примечание 7 выше), pp. 167–168.



мых под стражей на основании ЗПТ. Например, «по сведениям полиции, после террористических актов, совершенных на Пасху в апреле 2019 года, власти задержали 2299 человек, преимущественно в соответствии с ЗПТ. По состоянию на декабрь [2020 года], под стражей оставались 135 подозреваемых, однако официальные обвинения предъявлены им не были»<sup>95</sup>.

Тот же режим административного содержания под стражей, который применялся в Шри-Ланке во время продолжительной гражданской войны, продолжает применяться и после завершения конфликта, в рамках борьбы этой страны с терроризмом. Более того, несмотря на заверения, данные правительством Шри-Ланки, в том числе Европейскому союзу и Комитету по правам человека Организации Объединенных Наций (ООН), в том, что оно отменит ЗПТ<sup>96</sup>, в марте и апреле 2021 года соответственно правительство в соответствии с ЗПТ приняло два положения, расширившие чрезвычайные полномочия по заключению лиц под стражу<sup>97</sup>. Тогда как второе из этих положений объявляет вне закона 11 исламистских организаций, предусматривая более строгие уголовные наказания для связанных с ними лиц<sup>98</sup>, в соответствии с первым из положений любое лицо, «которое совершило или намеревается совершить акты насилия или внесло или намеревается внести религиозные, расовые или общинные разногласия», может быть по решению мирового судьи помещено в рамках «программы реабилитации» в «центр реинтеграции» на срок до двух лет, а право на освобождение лиц из-под стражи предоставлено министру обороны<sup>99</sup>. Международная комиссия юристов подвергла эти положения критике как могущие быть использованными для того, чтобы (продолжать) подвергать членов миноритарных религиозных и этнических общин административному содержанию под стражей<sup>100</sup>. В июне 2021 года Европейский парламент принял резолюцию, осуждающую продолжающееся применение Шри-Ланкой ЗПТ и принятие ею этих новых положений как нарушающих право на свободу и гарантии надлежащей правовой процедуры, предусмотренные

95 U.S. Department of State, *2020 Country Reports on Human Rights Practices: Sri Lanka*, 30 March 2021, доступно по адресу: <https://www.state.gov/reports/2020-country-reports-on-human-rights-practices/sri-lanka/>, section 1.D.

96 UN Human Rights Committee, Sixth Periodic Report Submitted by Sri Lanka under Article 40 of the Covenant, due in 2017, CCPR/C/LKA/6, 25 April 2019, paras 49–52.

97 Prevention of Terrorism (Deradicalization from Holding Violent Extremist Religious Ideology) Regulation No. 01 of 2021; Prevention of Terrorism (Proscription of Extremist Organizations) Regulation No. 02 of 2021.

98 Преступления, перечисленные в этих положениях, были подвергнуты критике как «расплывчато сформулированные» и создающие возможности для злоупотреблений: International Commission of Jurists, *Sri Lanka: New Anti-Terror Regulations Aimed at Organizations Further Undermine the Rule of Law*, 15 April 2021, доступно по адресу: <https://www.icj.org/sri-lanka-new-anti-terror-regulations-aimed-at-organizations-further-undermine-the-rule-of-law/>.

99 Regulations No. 01 of 2021, *Ibid.*, sections 2, 3 and 4.

100 International Commission of Jurists, *Sri Lanka: “De-Radicalization” Regulations Should be Immediately Withdrawn*, 18 March 2021, доступно по адресу: <https://www.icj.org/sri-lank-de-radicalization-regulations-should-be-immediately-withdrawn/>; HRW, *Sri Lanka: “Religious Disharmony” Order Threatens Minorities*, 16 March 2021, доступно по адресу: <https://www.hrw.org/news/2021/03/16/sri-lanka-religious-disharmony-order-threatens-minorities>.



в статье 9 Международного пакта о гражданских и политических правах (МПГПП)<sup>101</sup>.

Израиль также в рамках своей стратегии борьбы с терроризмом продолжает применять существующие нормы законодательства об административном содержании под стражей. Отдельные, хотя и схожие, законы существуют для Израиля и оккупированных палестинских территорий (ОПТ). В случае с ОПТ приказом военных властей командному составу предоставлены полномочия принимать решения о заключении под стражу первоначально на срок до шести месяцев (с возможностью его продления неограниченное количество раз), если у них имеются достаточные основания полагать, что это необходимо «по причинам, связанным с региональной безопасностью или общественной безопасностью»<sup>102</sup>. В случае с Израилем закон 1979 года «О чрезвычайных полномочиях (содержании под стражей)» аналогичным образом разрешает министру обороны принимать решения о заключении под стражу на срок до шести месяцев (также с возможностью его продления неограниченное количество раз), если у него имеются достаточные основания полагать, что это необходимо «по соображениям государственной безопасности или общественной безопасности»<sup>103</sup>. В соответствии с законом 2002 года «Об условиях содержания под стражей незаконных комбатантов», который используется в качестве основания для административного содержания под стражей жителей Сектора Газа, начальник Генерального штаба Сил обороны Израиля вправе принимать решения о заключении под стражу лиц при наличии у него достаточных оснований полагать, что они являются «незаконными комбатантами», содержание под стражей которых необходимо по соображениям государственной безопасности<sup>104</sup>. Законом создана опровержимая презумпция того, что освобождение лица, которое является членом (или участвовало в действиях) группы, ведущей военные действия против Израиля, будет вредить интересам государственной безопасности до тех пор, пока продолжаются военные действия с участием этой группы<sup>105</sup>. Кроме того, министру обороны для этих целей предоставлены полномочия идентифицировать группы, ведущие «военные действия»<sup>106</sup>. Здесь усматривается прямая ана-

101 European Parliament Resolution of 10 June 2021 on the situation in Sri Lanka, in particular the arrests under the Prevention of Terrorism Act, 2021/2748(RSP). В 2015 году Шри-Ланка проинформировала Совет по правам человека о том, что все ранее допущенные ею отступления от МПГПП прекратились: Sri Lanka, Notification of 19 November 2015, доступно по адресу: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-4&chapter=4&clang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=en).

102 Order Regarding Security Provisions (No. 1651), 5770-2009, section 285(A).

103 Emergency Powers (Detention) Law (EPDL), 5739-1979, section 2(A).

104 Incarceration of Unlawful Combatants Law, 5762-2002, section 3(A). В статье 2 дано определение термина «незаконный комбатант»: «лицо, напрямую или косвенно участвующее в военных действиях против Государства Израиль или являющееся участником сил, ведущих военные действия против Государства Израиль, если к данному лицу не применяются условия, предусмотренные в статье 4 Женевской конвенции III от 12 августа 1949 года в отношении военнопленных и предоставляющие статус военнопленного в рамках международного гуманитарного права».

105 Ibid., section 7.

106 Ibid., section 8.

логия с рассмотренными выше недостатками процедуры пересмотра habeas corpus в отношении узников Гуантанамо, в рамках которой диспозитивной считается позиция государства, заключающаяся в том, что военные действия в рамках его «войны с терроризмом» являются продолжающимися. В отличие от Малайзии и Шри-Ланки, в Израиле в рамках каждого из указанных режимов административного содержания под стражей (хотя и с некоторыми отличиями) первоначальный и периодический пересмотр дел осуществляется судом, а не административным органом<sup>107</sup>. Тем не менее эта судебная процедура подвергается критике, так как суды благоволят позиции военных и применяют драконовские меры<sup>108</sup>.

Израиль продолжает использовать эти разнообразные законы об административном содержании под стражей в качестве инструмента борьбы с терроризмом<sup>109</sup>, а его «серийное отступление» от статьи 9 МПГПП (введенного в действие ратификацией в 1991 году) остается в силе<sup>110</sup>. Применение административного задержания палестинскими властями на основании расплывчатого законодательства также по-прежнему вызывает обеспокоенность у мониторинговых органов<sup>111</sup>. Кроме того, в дополнение к своим существующим законам об административном содержании под стражей, Израиль недавно консолидировал и расширил свое законодательство в области борьбы с терроризмом, приняв в 2016 году единый закон, который, помимо прочего, предусматривает более жесткие наказания для лиц, осужденных за связанные с терроризмом преступления, и вводит в норму полномочия правительства по признанию групп террористическими организациями, ранее осуществлявшиеся им на основании давно принятого чрезвычайного законодательства<sup>112</sup>.

Исторически сложилось так, что во Франции используется другой подход к содержанию под стражей в рамках борьбы с терроризмом, отличающийся от рассмотренных выше подходов Израиля и других государств и базирующийся преимущественно на нормах традиционного уголовного

107 См.: Order (примечание 102 выше), section 287; EPDL (примечание 103 выше), section 4; 2002 Law (примечание 104 выше), section 5.

108 B'Tselem, *Administrative Detention*, 11 November 2017, доступно по адресу: [https://www.btselem.org/administrative\\_detention](https://www.btselem.org/administrative_detention); Shiri Krebs, "Lifting the Veil of Secrecy: Judicial Review of Administrative Detentions in the Israeli Supreme Court", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 45, No. 3, 2012, p. 639; HRW, *Gaza: "Unlawful Combatants Law" Violates Rights*, 1 March 2017, доступно по адресу: <https://www.hrw.org/news/2017/03/01/gaza-unlawful-combatants-law-violates-rights>.

109 По сведениям организации «Бецедем», в сентябре 2020 г. Пенитенциарная служба Израиля удерживала в административном заключении в общей сложности 376 палестинцев: B'Tselem, *Statistics on Administrative Detention*, 28 April 2021, доступно по адресу: [https://www.btselem.org/administrative\\_detention/statistics](https://www.btselem.org/administrative_detention/statistics).

110 См. заявление Израиля об отступлении от МПГПП от 3 октября 1991 г., доступно по адресу: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-4&chapter=4&clang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=en). Подробнее о «серийных отступлениях» см.: Laurence R. Helfer, "Rethinking Derogation from Human Rights Treaties", *American Journal of International Law*, Vol. 115, No. 1, 2021, p. 20.

111 Совет ООН по правам человека. Положение в области прав человека на оккупированной палестинской территории, включая Восточный Иерусалим: Доклад Верховного комиссара по правам человека, 21 февраля 2018 г., док. ООН A/HRC/37/42, с. 7.

112 The Counter-Terrorism Law, 5776-2016; Elena Chachko, "Israel's New Counterterrorism Law", *Lawfare*, 13 July 2016, доступно по адресу: <https://www.lawfareblog.com/israels-new-counterterrorism-law>.

права<sup>113</sup>. Однако за последние 10 лет во Франции был принят ряд специализированных законов, которые расширяют полномочия органов власти в сфере борьбы с терроризмом и — в определенной степени — знаменуют сдвиг в сторону административных мер превентивного характера (хотя власти и отказались от идеи административного содержания под стражей)<sup>114</sup>. В ответ на террористические акты, произошедшие в Париже в 2015 году, правительство объявило чрезвычайное положение, которое сохранялось два года, в течение которых Франция официально отступила от МПГПП и ЕКПЧ, включая статьи 9 и 5 соответственно<sup>115</sup>. После террористического акта, совершенного в Ницце на День взятия Бастилии в 2016 году, во Франции был принят новый всеобъемлющий закон о борьбе с терроризмом, который, помимо прочего, расширил полномочия полиции и увеличил срок помещения под домашний арест с одного месяца до трех; однако предложение внедрить превентивное содержание под стражей для лиц, подозреваемых в терроризме, без осуществления судебного надзора было отклонено<sup>116</sup>. Этим законом и еще одним, принятым в 2017 году, ряд чрезвычайных полномочий, включая расширенные полномочия полиции и полномочия относительно принудительного поселения в определенном месте, введенные после террористических актов 2015 года в Париже, были определены как бессрочные<sup>117</sup>.

Кроме того, продолжает применяться давняя концепция досудебного содержания под стражей (*détention provisoire*), согласно которой лица, находящиеся под следствием по подозрению в совершении тяжких преступлений, включая преступления, связанные с терроризмом, могут быть заключены под стражу первоначально на срок до одного года (с возможностью его продления в совокупности до четырех лет в случае наиболее тяжких преступлений) по решению судьи по вопросам гражданских прав и контроля за задержанием, содержанием под стражей или арестом (*juge*

113 Nadav Morag, “International Counterterrorism Laws and Practices: Israel and France in Comparison”, *International Criminal Justice Review*, Vol. 28, No. 2, 2018, p. 162.

114 Совет ООН по правам человека. Поездка во Францию: Доклад Специального докладчика по вопросу о поощрении и защите прав человека и основных свобод в условиях борьбы с терроризмом, док. ООН A/HRC/40/52/Add.4, 8 мая 2019 г. (текст на англ. яз.), pp. 19–22.

115 См. заявление Франции об отступлении от МПГПП от 23 ноября 2015 г., отозвано 20 июля 2018 г., доступно по адресу: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-4&chapter=4&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=_en); см. заявление Франции об отступлении от ЕКПЧ от 24 ноября 2015 г., отозвано 6 ноября 2017 г., доступно по адресу: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005/declarations>.

116 HRW, *France: Prolonged Emergency State Threatens Rights*, 22 July 2016, доступно по адресу: <https://www.hrw.org/news/2016/07/22/france-prolonged-emergency-state-threatens-rights>.

117 Mirja Gutheil *et al.*, “EU and Member States’ Policies and Laws on Persons Suspected of Terrorism-Related Crimes”, Study for European Parliament, Directorate General for Internal Policies (Policy Department C: Citizens’ Rights and Constitutional Affairs), PE 596.832, December 2017, pp. 78 and 81. Специальный докладчик по вопросу о поощрении и защите прав человека и основных свобод в условиях борьбы с терроризмом отметил, что закон 2017 года, «лежащий внутри широкого спектра полномочий в области борьбы с терроризмом, уже имеющихся у государства, вводит в традиционное законодательство Франции де-факто режим определенного чрезвычайного положения»: Совет ООН по правам человека (примечание 114 выше), п. 23.

des libertés et de la détention)<sup>118</sup>. Эта система досудебного содержания под стражей подвергается критике по многим основаниям<sup>119</sup>. Согласно наблюдениям, произошедшие в Париже в 2015 году террористические акты привели к более частому досудебному заключению под стражу на более длительные сроки, в том числе лиц, подозреваемых в том, что они являются иностранными боевиками-террористами, заключение которых под стражу до окончания расследования теперь стало нормой<sup>120</sup>. В этой связи следует отметить, что во Франции количество лиц, находящихся под стражей до суда, — одно из самых высоких в Европе<sup>121</sup>, равно как и одно из самых высоких число лиц, находящихся под стражей за совершение связанных с терроризмом преступлений<sup>122</sup>. Критике за длительное досудебное содержание под стражей в делах, связанных с терроризмом и угрозами для безопасности, подвергались также и другие государства<sup>123</sup>.

Вышеприведенные примеры Малайзии, Шри-Ланки и Израиля показывают продолжающееся использование режимов административного содержания под стражей в контексте борьбы с терроризмом. Как и возникшая после 11 сентября 2001 года в Соединенном Королевстве и США практика содержания под стражей, которую, как это было показано в предыдущих разделах, эти государства продолжают отстаивать, данные режимы сильно схожи с чрезвычайными режимами интернирования, применимыми в ходе международных вооруженных конфликтов в соответствии с МГП. Важно отметить, что предоставление и использование таких полномочий на принятие решений об административном заключении под стражу имеют

118 D. Webber (примечание 3 выше), pp. 163–164.

119 Критике как противоречащие ЕКПЧ были подвергнуты конкретные случаи *détention provisoire*: *Tomasi v. France*, Appl. No. 12850/87, 27 August 1992. См. также: Sharon Weill, “French Foreign Fighters: The Engagement of Administrative and Criminal Justice in France”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 100, 2018, pp. 211 and 229 («...на практике решение о досудебном заключении под стражу принимается судьей по вопросам гражданских прав и контроля за задержанием, содержанием под стражей или арестом, в ближайшем офисе следственного судьи, за закрытыми дверями, в присутствии адвокатов. Öffentlichkeit не имеет доступа ни к этим процедурам, ни к принятым решениям. На практике судья, рассматривающий дело, крайне редко отказывает в удовлетворении ходатайства следственного судьи»).

120 Sharon Weill, *Terror in Courts, French Counter-Terrorism: Administrative and Penal Avenues*, Report for the Official Visit of the UN Special Rapporteur on Counter-Terrorism and Human Rights, May 2018, p. 30.

121 Marcelo F. Aebi and Mélanie M. Tiago, *SPACE I — 2020 — Council of Europe Annual Penal Statistics: Prison Populations*, Council of Europe, Strasbourg, 2021, p. 49.

122 Rajan Basra and Peter R. Neumann, *Prisons and Terrorism: Extremist Offender Management in 10 European Countries*, International Centre for the Study of Radicalisation, Department of War Studies, King's College London, London, 2020, p. 7.

123 См., например: U.S. Department of State, 2020 *Country Reports on Human Rights Practices: India*, 30 March 2021, доступно по адресу: <https://www.state.gov/reports/2020-country-reports-on-human-rights-practices/india/>, section 1.D (о законе Индии 1967 года «О предотвращении незаконной деятельности», которым допускается заключение под стражу до предъявления официального обвинения на срок до 180 дней); *Alpay v. Turkey*, Application No. 16538/17, Judgment, 20 March 2018, paras 96 and 97 (в решении суда отмечается критика, высказанная Комиссаром Совета Европы по правам человека и Специальным докладчиком ООН по вопросу о поощрении и защите права на свободу убеждений и их свободного выражения, в отношении использования Турцией длительного досудебного содержания под стражей в период действия в стране чрезвычайного положения, введенного после попытки государственного переворота в 2016 году).

место на фоне расширения государствами своих полномочий в области борьбы с терроризмом в целом, в том числе в уголовно-правовых рамках, о чем свидетельствуют законы, недавно принятые в Шри-Ланке, Израиле и Франции. Стоит также обратить внимание на наметившуюся в последнее время тенденцию более широкого отступления от ЕКПЧ в контексте чрезвычайных мер, включающих в себя ограничение свобод (в виде как длительного содержания под стражей до предъявления официальных обвинений, так и домашнего ареста) и сужение полномочий судов по осуществлению судебного надзора<sup>124</sup>.

## Перспективы

В предыдущих разделах было показано, что административное содержание под стражей остается одним из ключевых элементов политики многих государств в области борьбы с терроризмом и что даже Соединенное Королевство и США, которые постепенно сворачивают такую практику, возникшую после событий 11 сентября 2001 года, по-прежнему отстаивают режимы административного содержания под стражей, выходящие за рамки традиционного законодательства. Этот аспект современной практики является отражением того, что политика в области борьбы с терроризмом за последние 20 лет не претерпела существенных изменений. Как бы то ни было, существуют и другие аспекты современной практики, связанной с содержанием под стражей в условиях борьбы с терроризмом, которые, хотя и не являются принципиально новыми, порождают новые спорные вопросы. Нет никаких сомнений в том, что именно им будет уделяться основное внимание в дискуссиях в течение следующих нескольких лет. Двум таким примерам недавно возникшей практики и посвящен настоящий раздел. В первую очередь, будет рассмотрено становящееся все более распространенным явление иных административных мер ограничения свободы, в частности домашний арест или «принудительное поселение в определенном месте». Далее поговорим о спорных с правовой точки зрения вопросах, возникающих в связи с содержанием лиц под стражей негосударственными вооруженными группами, поддержку которым оказывают государства.

## Принудительное поселение в определенном месте

Применение формально не связанных с содержанием под стражей административных мер, которые затрагивают право на свободу и свободу передвижения, стало особенно заметным в свете такого недавно появившегося

124 Triestino Mariniello, “Prolonged Emergency and Derogation of Human Rights: Why the European Court should Raise its Immunity System”, *German Law Journal*, Vol. 20, No. 1, 2019, p. 46 (в качестве примеров приводятся отступление Франции после террористического акта в Париже в 2015 году, отступление Украины в ответ на российское вторжение на восток страны и отступление Турции после попытки государственного переворота в 2016 году).

феномена, как иностранные боевики-террористы<sup>125</sup>. Так, с недавних пор в законодательстве в области борьбы с терроризмом во многих странах Европы начали предусматривать уже давно существующие в Соединенном Королевстве административные меры (часто называемые «приказами о мерах ограничения свободы»), которые в той или иной степени ограничивают передвижение людей<sup>126</sup>. Эта тенденция была встречена с обеспокоенностью ввиду того, что такие меры стали все чаще применяться упреждающим образом, вне рамок традиционных уголовно-правовых процедур и гарантий<sup>127</sup>.

Особый интерес здесь представляет использование в качестве административной меры принудительного поселения в определенном месте в рамках борьбы с терроризмом, учитывая очень тонкую грань между этой мерой и содержанием под стражей в строгом смысле данного понятия. Действительно, принудительное поселение в определенном месте, как и административное содержание под стражей, предусмотрено в соответствии с МГП в международных вооруженных конфликтах для гражданских лиц, которые представляют угрозу для безопасности, и рассматривается и регулируется нормами МГП как эквивалент интернирования<sup>128</sup>. Особенно примечательным поэтому является то, что наряду с продолжающимся использованием некоторыми государствами административного содержания под стражей принудительное поселение в определенном месте также становится все более заметной мерой в борьбе с терроризмом. Например, в сентябре 2020 года в Швейцарии был принят новый федеральный закон «О полицейских мерах в целях борьбы с терроризмом»<sup>129</sup>, который в июне 2021 года был одобрен на национальном референдуме<sup>130</sup>. Среди новых административных мер, предусмотренных этим законом, числится принудительное поселение в определенном месте, которое применяется в случае

125 На подходы стран к иностранным боевикам-террористам повлияла резолюция 2178 (2014) Совета Безопасности ООН, см.: Sandra Krähenmann, “Foreign Fighters, Terrorism and Counter-Terrorism”, in Ben Saul (ed.), *Research Handbook on International Law and Terrorism*, Edward Elgar, Cheltenham, 2020, pp. 239–255.

126 См. в целом: Bérénice Boutin, “Administrative Measures in Counter-Terrorism and the Protection of Human Rights”, *Security and Human Rights*, Vol. 27, Nos 1–2, 2016, p. 128.

127 Amnesty International, *Dangerously Disproportionate: The Ever-Expanding National Security State in Europe*, EUR 01/5342/2017, 2017, p. 48. Однако следует обратить внимание на значимость также и необдуманного применения в таких случаях уголовного права, поскольку это привело к тому, что государства стали принимать новые уголовные законы со слишком широко сформулированными нормами в попытке преодолеть некоторые проблемы со сбором и представлением доказательств, с которыми они сталкиваются при ведении подобного рода дел: Jonathan Horowitz, “The Challenge of Foreign Assistance for Anti-ISIS Detention Operations”, *Just Security*, 23 July 2018, доступно по адресу: <https://www.justsecurity.org/59644/challenge-foreign-assistance-anti-isis-detention-operations/>.

128 См.: Женевская конвенция (IV) о защите гражданского населения во время войны от 12 августа 1949 г. (вступила в силу 21 октября 1950 г.), ст. 42, 43 и 78.

129 *Loi fédérale sur les mesures policières de lutte contre le terrorisme (MPT)*, FF 2020 7499, 25 September 2020.

130 The Federal Council, *Federal Act on Police Measures to Combat Terrorism (PMCT)*, 13 June 2021, доступно по адресу: <https://www.admin.ch/gov/en/start/documentation/votes/20210613/federal-act-on-police-measures-to-combat-terrorism.html>.



нарушения существующего приказа о мерах ограничения свободы (например, приказа, вводящего комендантский час или запрещающего контакты с определенными лицами) и при наличии «конкретных длящихся признаков» того, что лицо представляет «значительную угрозу для жизни или физической неприкосновенности третьих лиц», которую невозможно предотвратить иными средствами<sup>131</sup>. Первоначально принудительное поселение в определенном месте может быть применено на срок в три месяца, с возможностью продления еще на два срока продолжительностью три месяца каждый<sup>132</sup>. Обычно эта мера применяется по месту жительства соответствующего лица, однако в исключительных случаях такое лицо может быть принудительно поселено в другом месте или заведении<sup>133</sup>. Первоначальное решение о принудительном поселении лица в определенном месте, а затем решение о продлении сроков принимается судом (кантональным судом по вопросам применения мер пресечения в Берне)<sup>134</sup>.

Закон предусматривает возможность получения в некоторых случаях освобождения от принудительного поселения в определенном месте и разрешает ограничивать контакты с внешним миром только в той мере, в которой это необходимо<sup>135</sup>. Однако «принудительное поселение в определенном месте», предусмотренное новым законом, может восприниматься идентичным административному содержанию под стражей в специализированных изоляторах. Действительно, норма о принудительном поселении в определенном месте подвергается жесткой критике как противоречащая статьям 5 и 6 ЕКПЧ<sup>136</sup>.

В других государствах тоже в последнее время были приняты новые законы о борьбе с терроризмом, предусматривающие принудительное поселение в определенном месте (хотя и в разной степени). К примеру, во Франции, где возвращение в страну иностранных боевиков-террористов также вызывает беспокойство<sup>137</sup>, был принят закон 2017 года «Об укреплении внутренней безопасности и борьбе с терроризмом» (ЗВББТ), которым с момента отмены режима чрезвычайного положения во французское

131 *Loi fédérale* (примечание 129 выше), section 23o(1).

132 *Ibid.*, section 23o(5).

133 *Ibid.*, section 23o(2).

134 *Ibid.*, section 23p(1).

135 *Ibid.*, sections 23o(3) and (4).

136 Gloria Gaggioli and Ilya Sobol, “Counter-Terrorism Control Orders Come to Switzerland: Is Assigned Residence for ‘Potential Terrorists’ Compatible with Art. 5?», *EJIL:Talk! — Blog of the European Journal of International Law*, 6 June 2020, доступно по адресу: <https://www.ejiltalk.org/counter-terrorism-control-orders-come-to-switzerland-is-assigned-residence-for-potential-terrorists-compatible-with-art-5-echr/>; *Mandats de la Rapporteuse spécial sur la promotion et la protection des droits de l’homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste; de la Rapporteuse spéciale sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires; du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d’opinion et d’expression; du Rapporteur spécial sur la liberté de religion ou de conviction; et du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, OL CHE 1/2020, 26 May 2020.

137 Совет ООН по правам человека (примечание 114 выше), п. 12.



законодательство был введен ряд мер административного контроля<sup>138</sup>. К таким мерам относится предоставление министру внутренних дел полномочия запретить любому лицу, чье поведение считается представляющим серьезную угрозу для безопасности и которое на регулярной основе поддерживает контакты с лицами, поддерживающими или вовлеченными в терроризм, покидать границы определенного географического района, который не может быть меньше населенного пункта, в котором данное лицо проживает<sup>139</sup>. Первоначально любое такое решение о запрете выносится на срок до трех месяцев с возможностью его продления в совокупности до 12 месяцев. Эти решения, принимаемые на основании ЗВББТ, в меньшей степени ограничивают свободу, чем решения о принудительном поселении в определенном месте, предусмотренные законодательством Швейцарии, однако они также подвергаются критике ввиду расплывчатых формулировок о том, в отношении кого такие решения могут выноситься, и существующих препятствий для их эффективного обжалования в Государственном совете<sup>140</sup>.

Другие государства продолжают применять существующие полномочия по санкционированию принудительного поселения в определенном месте в качестве инструмента борьбы с терроризмом. Это происходит, например, в Тунисе в рамках сохраняющегося чрезвычайного положения, которое было введено после нападения в ноябре 2015 года на президентскую гвардию в столице страны (ответственность за которое взяло на себя «Исламское государство»). Среди тех, кто был подвергнут принудительному поселению в определенном месте (которое на практике в некоторых случаях представляет собой домашний арест), — вернувшиеся на родину иностранные боевики-террористы и члены внутренних террористических групп<sup>141</sup>.

В основе этих законов и практики в области принудительного поселения в определенном месте лежит та же идея, что и в случае с административным содержанием под стражей, а именно то, что специальные законы, ограничивающие право на свободу и свободу передвижения, выходящие за рамки традиционных правовых процедур и вместо них копирующие аналогичные меры, предусмотренные МГП, являются необходимыми инструментами борьбы с терроризмом. В качестве еще одного примера таких чрезвычайных полномочий, введенных в бессрочно действующее национальное законодательство, можно привести законы, недавно принятые в Швейцарии и Франции. Принудительное поселение в определенном

138 *Loi No 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme*, JORF No. 0255, 31 October 2017.

139 *Ibid.*, Art. 3.

140 Amnesty International, *Punished Without Trial: The Use of Administrative Control Measures in the Context of Counter-Terrorism in France*, EUR 21/9349/2018, pp. 9–17.

141 *Совет ООН по правам человека*. Визит в Тунис: Доклад Специального докладчика по вопросу о поощрении и защите прав человека и основных свобод в условиях борьбы с терроризмом, 12 декабря 2018 г., док. ООН A/HRC/40/52/Add.1 (*текст на англ. яз.*), pp. 41–43; Amnesty International, “*We Want an End to the Fear*”: *Abuses Under Tunisia’s State of Emergency*, MDE 30/4911/2017, pp. 38–40.

месте и другие административные меры, не связанные с содержанием под стражей в его традиционном понимании, скорее всего, продолжают играть значимую роль и в будущем, а вопрос о том, насколько они соответствуют, в частности, нормам в области прав человека, будет оставаться спорным.

## Лица, удерживаемые под стражей вооруженными группами

Вторая серьезная проблема, с которой в настоящее время сталкиваются многие государства, участвующие в контртеррористических операциях и вооруженных конфликтах за пределами своих границ, касается обращения с лицами, удерживаемыми под стражей вооруженными группами, которые являются партнерами этих государств. Этот вопрос, конечно же, возник, в частности, в связи с лицами, удерживаемыми под стражей Сирийскими демократическими силами (СДС) на северо-востоке Сирии; СДС поддерживаются и сотрудничают со многими государствами, входящими в Глобальную коалицию по борьбе с ИГИЛ<sup>142</sup>. Так, с момента захвата города Аль-Багхуз Фавкани в марте 2019 года СДС задержали и поместили под стражу десятки тысяч подозреваемых боевиков «Исламского государства» и членов их семей; по состоянию на март 2021 года число содержащихся под стражей превышает 63 тысячи человек<sup>143</sup>. В результате возник вопрос о том, что делать с этими лицами, особенно в свете того, что многие государства неохотно соглашаются на репатриацию своих граждан, которых СДС удерживают под стражей, что создает реальную угрозу их бессрочного административного содержания под стражей или проведения в отношении них неполноценных судебных процессов Сирийским демократическим советом и судами Ирака<sup>144</sup>.

Помимо вопросов, касающихся законности удержания людей под стражей вооруженными группами и легитимности отказов государств соглашаться на возврат своих граждан из числа иностранных боевиков-террористов<sup>145</sup>, поддержка, оказываемая государствами вооруженным

142 Rights & Security International, *Europe's Guantanamo: The Indefinite Detention of European Women and Children in North East Syria*, Susak Press, 2020, reprinted 2021, доступно по адресу: [https://www.rightsandsecurity.org/assets/downloads/Europes-guantanamo-THE\\_REPORT.pdf](https://www.rightsandsecurity.org/assets/downloads/Europes-guantanamo-THE_REPORT.pdf), para. 82 («...участники Глобальной коалиции оказывали, а некоторые продолжают оказывать военную поддержку СДС, в том числе снабжая истребителями. Кроме того, некоторые участники на постоянной основе обучают иракских и курдских сотрудников служб безопасности, хотя не ясно, организовано ли такое обучение также и для СДС»).

143 HRW, *Thousands of Foreigners Unlawfully Held in NE Syria*, 23 March 2021, доступно по адресу: <https://www.hrw.org/news/2021/03/23/thousands-foreigners-unlawfully-held-ne-syria> («...почти 20 тыс. из них — из Сирии, 31 тыс. — из соседнего Ирака и еще почти 12 тыс. (8 тыс. детей и 4 тыс. женщин) — из приблизительно 60 других стран»).

144 Roger Lu Phillips, “A Tribunal for ISIS Fighters — A National Security and Human Rights Emergency”, *Just Security*, 30 March 2021, доступно по адресу: <https://www.justsecurity.org/75544/a-tribunal-for-isis-fighters-a-national-security-and-human-rights-emergency/>.

145 См., например: Dan E. Stigall, “The Syrian Detention Conundrum: International and Comparative Legal Complexities”, *Harvard National Security Journal*, Vol. 11, No. 1, 2020, p. 54; Andrew Clapham, “Detention by Armed Groups under International Law”, *International Law Studies*, Vol. 93, 2017, p. 1; Maria Gavrilova, “Administrative Detention by Non-State Armed Groups: Legal Basis and Procedural Safeguards”, *Israel Law Review*, Vol. 53, No. 1, 2020, p. 35.

группам, и партнерские отношения между ними породили юридические вопросы относительно ответственности этих государств за такое удержание под стражей (включая обращение с находящимися под стражей лицами) со стороны вооруженных групп. Нормы, содержащиеся в многочисленных источниках международного права, возлагают на государства обязательства в отношении действий других лиц<sup>146</sup>. В соответствии с международным гуманитарным правом и согласно широко разделяемой трактовке общей для четырех Женевских конвенций статьи 1 на все государства возложены обязательства не поощрять нарушение МГП другими и не оказывать им в этом помощь или содействие, а также сделать все, что в пределах их возможностей, чтобы положить конец таким нарушениям<sup>147</sup>. В соответствии с нормами права об ответственности государств последние не должны осознанно помогать или содействовать другим государствам в совершении международно-противоправных деяний<sup>148</sup>, а некоторые специалисты высказываются за расширение этой нормы посредством включения в нее содействия также и негосударственным акторам<sup>149</sup>. Кроме того, в случае серьезного нарушения императивной нормы международного права<sup>150</sup> государства должны сделать все, что в пределах их возможностей, чтобы положить конец этому нарушению<sup>151</sup>. В соответствии с международным правом прав человека, позитивные обязательства государств также требуют того, чтобы государства защищали находящихся под их юрисдикцией физических лиц от нарушения их прав негосударственными акторами<sup>152</sup>; при этом некоторые договорные органы применяют очень широкий подход к определению того, когда физическое лицо находится под юрисдикцией государства<sup>153</sup>.

146 Подробнее о соответствующих нормах в отношении военных операций см.: Bérénice Boutin, "Responsibility in Connection with the Conduct of Military Partners", *Military Law and Law of War Review*, Vol. 56, 2017–2018, p. 57.

147 См., например: МККК. Комментарий к Женевской конвенции I: Конвенция об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях. МККК, 2021, п. 154; Oona A. Hathaway *et al.*, "Ensuring Responsibility: Common Article 1 and State Responsibility for Non-State Actors", *Texas Law Review*, Vol. 95, 2017, p. 539.

148 См.: Комиссия международного права (КМП). Статьи об ответственности государств за международно-противоправные деяния (2001). Доклад КМП о работе ее пятьдесят третьей сессии. Генеральная Ассамблея ООН, официальные отчеты пятьдесят шестой сессии, Дополнение № 10 (A/56/10), ст. 16; Helmut Philipp Aust, *Complicity and the Law on State Responsibility*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

149 См., например: Miles Jackson, *Complicity in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 214.

150 Таковыми, вероятно, должны считаться ряд основных норм МГП: КМП (примечание 148 выше), комментарий к ст. 40, п. 5.

151 КМП (примечание 148 выше), ст. 41.

152 См., например: Laurens Lavrysen, *Human Rights in a Positive State*, Intersentia, Cambridge, 2016.

153 См., в частности: UN Committee on the Rights of the Child, *L.H. et al. v. France*, Communications Nos. 79/2019 and 109/2019, CRC/C/85/D/79/2019–CRC/C/85/D/109/2019 (где сделан вывод о том, что Франция обладает юрисдикцией в отношении имеющих французское гражданство детей, которые удерживаются СДС на северо-востоке Сирии). См. также: African Commission on Human and Peoples' Rights, *General Comment No. 3 on the African Charter on Human and Peoples' Rights: The Right to Life (Article 4)*, Pretoria University Law Press, Pretoria, 2015, para. 14 (где говорится, что в соответствии с Африканской хартией прав человека и народов экстерриториальная юрисдикция может

В свете этого нормативного контекста государства не могут рассчитывать на то, что они будут безнаказанно передавать проведение своих заграничных контртеррористических операций в руки негосударственных групп, функционирующих в соответствующем регионе<sup>154</sup>. В случае если эти негосударственные группы занимаются заключением людей под стражу, государства, оказывающие поддержку таким группам, вполне могут быть в состоянии поощрять соблюдение международного права, что особенно важно для вышеуказанных норм, которые содержат обязательства проявлять должную осмотрительность. Действительно, согласно сообщениям, ряд государств, входящих в состав Коалиции, имеют в той или иной форме присутствие в управляемых СДС лагерях для задержанных лиц<sup>155</sup>. Помимо того, что существуют риски бессрочного содержания под стражей без возможности для лиц, удерживаемых СДС, прибегнуть к надлежащей правовой процедуре, имеются также убедительные доказательства крайне неудовлетворительных условий содержания, плохого обращения с заключенными и их исчезновений<sup>156</sup>. Отчасти это, несомненно, является следствием абсолютного отсутствия планирования операций в области задержания и содержания под стражей; учитывая необходимость предотвращения подобных гуманитарных кризисов и то, что оказывающие поддержку государства могут быть привлечены к международно-правовой ответственности в результате таких нарушений, совершаемых их негосударственными партнерами, заблаговременное планирование имеет очень большое значение<sup>157</sup>. В свете все более заметной роли, которую снова играет поддержка, оказываемая иностранными государствами вооруженным группам в конфликтах по всему миру, что наблюдается на Ближнем Востоке, в Африке и Украине, эти же самые вопросы, скорее всего, продолжат возникать и в будущих конфликтах и при проведении зарубежных контртеррористических операций<sup>158</sup>.

## Заключительные замечания

В настоящей статье была продемонстрирована по-прежнему значимая роль административного содержания под стражей как инструмента борьбы с терроризмом. В годы после событий 11 сентября 2001 года административное

возникнуть в случае осуществления «фактической власти, полномочий или контроля в отношении... лица, совершившего нарушение» и если «государство осуществляет действия, которые, как можно обоснованно предвидеть, повлекут незаконное лишение жизни»).

154 На это обращено внимание в недавнем докладе Независимой международной комиссии о произвольных задержаниях и других нарушениях, совершенных сторонами, участвующими в конфликтах в Сирии: *Совет ООН по правам человека*. Доклад независимой международной комиссии по расследованию событий в Сирийской Арабской Республике, док. ООН A/HRC/46/55, 11 марта 2021 г., п. 83.

155 Rights & Security International (примечание 142 выше), paras 84–85.

156 Ibid., paras 39–81.

157 Dan E. Stigall, “Battlefield Detention, Counterterrorism, and Future Conflicts”, *Articles of War*, 24 March 2021, доступно по адресу: <https://lieber.westpoint.edu/battlefield-detention-counterterrorism-future-conflicts/>.

158 James Kenneth Wither, “Outsourcing Warfare: Proxy Forces in Contemporary Armed Conflicts”, *Security & Defence Quarterly*, Vol. 31, No. 4, 2020, p. 17.

содержание под стражей представляло собой один из ключевых элементов «парадигмы войны», лежащей в основе контртеррористической практики многих государств. В некоторых государствах такая практика сохраняется, а США и Соединенное Королевство, которые в последние годы постепенно отказывались от идеи содержания под стражей в целях борьбы с терроризмом, по-прежнему отстаивают основанную на нормах МГП модель административного содержания под стражей, выходящую за рамки традиционных правовых процедур, что создает прецедент для других государств. Однако сохраняющаяся взаимосвязь между МГП и борьбой с терроризмом на этом не заканчивается. Как было показано в предыдущем разделе, многие государства в последнее время применяют и даже расширяют сферу применения своих административных мер, не связанных с содержанием под стражей, в целях борьбы с терроризмом, включая принудительное поселение в определенном месте — меру, предусмотренную МГП в качестве эквивалента административного содержания под стражей. Эти альтернативные административные меры, наряду со спорными вопросами, возникающими в связи с заключением лиц под стражу вооруженными группами (зачастую при поддержке государств), вероятно, будут в ближайшие годы находиться в центре дискуссий в этой области.

В завершение стоит отметить еще два момента. Во-первых, как было показано выше, недавно возникшая практика, которая рассматривается в настоящей статье, сформировалась в контексте нового национального законодательства государств, которое делает бессрочными многочисленные полномочия (включая те, что затрагивают право на свободу), ранее осуществлявшиеся в рамках чрезвычайных норм законодательства в области борьбы с терроризмом<sup>159</sup>. Это способствует тому, что чрезвычайные полномочия, в частности предусмотренные МГП меры административного содержания под стражей и принудительного поселения в определенном месте, постепенно внедряются в повседневную контртеррористическую практику. Во-вторых, следует помнить о том, что эта взаимосвязь между МГП и борьбой с терроризмом является двусторонней. Тогда как в рамках такой взаимосвязи акцент делается на применении предусмотренных МГП полномочий в контексте борьбы с терроризмом, возникшие после событий 11 сентября 2001 года контртеррористические практики выступают также в качестве площадки для тестирования трактовок МГП (и международного права прав человека), дающих государствам еще большую свободу действий, что приводит к ослаблению этих правовых режимов и их способности эффективно регулировать будущие конфликты<sup>160</sup>.

159 Myriam Feinberg, “States of Emergency in France and Israel — Terrorism, ‘Permanent Emergencies’, and Democracy”, *Zeitschrift für Politikwissenschaft*, Vol. 28, 2018, pp. 495–506.

160 Lisa Hajjar, “The Counterterrorism War Paradigm versus International Humanitarian Law: The Legal Contradictions and Global Consequences of the US ‘War on Terror’”, *Law & Social Inquiry*, Vol. 44, No. 4, 2019, p. 922; Rebecca Sanders, *Plausible Legality: Legal Culture and the Political Imperative in the Global War on Terror*, Oxford University Press, Oxford, 2018.